

معهد البحوث والدراسات العربية

مصادر الحق

فى الفقه الإسلامى



للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى



الجزء الثانى

الطبعة الثالثة
١٩٦٧

مَصَادِرُ الحَق

في

الفِقه الإسلامِيّ

جامعة الدول العربية
معهد البحوث والدراسات العربية

مصادر الحق

فى

الفقه الإسلامى

دراسة مقارنة بالفقه الغربى

(٢)

توافق الإرادتين فى مجلس العقد - صحة التراضى
(الغلط - التدليس - الإكراه)

ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السنهورى

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٤

١٩٦٧

المبحث الثانى
تطابق الإرادتين فى مجلس العقد

كيف ينعقد العقد ؟

إذا أوجب أحد المتعاقدين العقد بالصيغة الدالة عليه على النحو الذى قدمناه ، كان للمتعاقد الآخر أن يقبل هذا الإيجاب إلى حين انفضاض المجلس وهذا ما يسمى بخيار القبول .

ولما كان الموجب نفسه بالخيار أيضاً ، فى أكثر المذاهب ، بين البقاء على إيجابه أو الرجوع فيه ، فمعنى ذلك أن الإيجاب غير ملزم ، وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول . وهذا ما يسمى بخيار الرجوع .

فإذا انفض المجلس دون أن يصدر القبول ، سقط الإيجاب .

وإذا بقى الموجب على إيجابه ، وصدر من المتعاقد الآخر قبل انفضاض المجلس قبول يطابق الإيجاب من جميع الوجوه ، انعقد العقد .

ومن ثم نرى أن عدم استعمال الموجب لخياره فى الرجوع من جهة ، ثم استعمال القابل لخياره فى القبول من جهة أخرى ، هذا هو الذى يجعل العقد ينعقد .

المسائل التى تبحث

ويجب أن نميز على غرار الفقه الغربى الحديث بين ما إذا كان التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين ، لنعالج كلا من الفرضين .ثم نعرض بعد ذلك لبعض حالات فى التعاقد نفردها بالذكر . فعندنا إذن موضوعات ثلاثة :

١ ــ التعاقد بين الحاضرين .
٢ ــ التعاقد بين الغائبين .
٣ ــ حالات خاصة فى إبرام العقد .

المطلب الأول
التعاقد بين الحاضرين

مسألتان :

فى التعاقد بين الحاضرين يجب تطابق الإيجاب والقبول فى مجلس العقد . فعندنا مسألتان : (١) مجلس العقد . (٢) تطابق الإيجاب والقبول .

§ ١ – مجلس العقد

(ا) نظرية مجلس العقد

الغرض من نظرية مجلس العقد :

يجب أن يكون الإيجاب والقبول فى مجلس واحد ، فاتحاد المجلس شرط فى الانعقاد ، وهذه هى نظرية مجلس العقد . والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التى يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب ، حتى يتمكن مَن عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه . ولو اشترطنا أن يكون القبول فوراً لتضرر المتعاقد الآخر ، إذ لا يتهيأ له وقت للتدبر . وهذه مسألة لم تعالج علاجاً خاصاً فى الفقه الفرنسى . أما الفقه الإسلامى فقد صاغ لها نظرية مجلس العقد ، وهى نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيراً لولا إغراقها فى المادية . فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً ، بل له أن يتدبر بعض الوقت . ولكن من جهة أخرى لا يُسْمَحُ له أن يمعن فى تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه . فوجب إذن التوسط بين الأمرين . ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد

حدود مجلس العقد – العلة الفنية فيه :

ويؤخذ مما سنورده من النصوص أن مجلس العقد هو المكان الذى يوجد فيه

المتعاقدان . ويبدأ من وقت صدور الإيجاب . ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يبدُ إعراض من أى منهما .

فإن بدا إعراض من أحدهما ، فقد انفض مجلس العقد .

وإن قام أحدهما وترك المكان الذى صدر فيه الإيجاب ، فقد انفض أيضاً مجلس العقد .

وإن رد المتعاقد الآخر على الإيجاب ، قبولا أو رفضاً ، ففى رأينا أن مجلس العقد يكون قد استنفد أغراضه .

أما إذا انفض مجلس العقد دون قبول ، فقد سقط الإيجاب . ولا يجوز بعد ذلك للمتعاقد الآخر أن يقبل . فإن فعل ، عد قبوله إيجاباً مبتدأ ، لابد فيه من قبول المتعاقد الأول فى مجلس الإيجاب المبتدأ .

والعلة الفنية فى مجلس العقد — كما يبدو أيضاً من النصوص التى سنوردها — إن الأصل هو ألا يتوقف الإيجاب على وجود القبول . ذلك أنه إذا وجد القبول انعدم الإيجاب من زمان وجوده ، فوجد القبول والإيجاب منعدم ، ولكن اعتبار ذلك يسد باب التعاقد . فتوقف الإيجاب على القبول حكماً فى مجلس العقد ، وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة . وعند الشافعى حق الضرورة مقضى بالفور ، فوجب أن يصدر القبول فوراً عقب الإيجاب ، وإنما يكون للقابل خيار المجلس للتدبر على النحو الذى سنبسطه فيما بعد .

النصوص :

ونورد الآن نصوص الفقه الإسلامى ، فى مذاهبه المختلفة ، فيما قدمناه من الأحكام .

المذهبان الحنفى والشافعى : جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٣٦) ما يأتى :

« وأما الذى يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول فى مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا ينعقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع ، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ، ثم قبل ، لا ينعقد . لأن القياس يتأخر أحد الشطرين عن

الآخر فى المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثانى من زمان وجوده ، فوجد الثانى والأول منعدم ، فلا ينتظم الركن . إلا أن اعتبار ذلك يؤدى إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا . وعند الشافعى رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر ، والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن فى ترك اعتبار الفور ضرورة ، لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل » .

وجاء فى الهداية (انظر فتح القدير جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) ما يأتى :

« وإنما يمتد (خيار القبول) إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات ، فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر . . . قال وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ، لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه » .

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) تعليقاً على ما جاء فى الهداية ما يأتى :

« وله أن يقبل ما دام المجلس قائماً ، فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد . واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه . أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية ؛ وعليه مشى جمع ، أنه لا يصح القبول بعد ذلك وإليه ذهب قاضيخان حيث قال فإن قام أحدهما بطل يعنى الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض . فإن قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى ألا يثبت الإعراض ، قلنا الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقى الإيجاب بعد قيامه وهنا لم يبق ، فإن الأصل ألا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ، ولا يجتمع قوله قبلت به ، إلا أن للمجلس أثراً فى جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس . وقال شيخ الإسلام فى شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشترى صح ، وإليه أشير فى جمع التفاريق ؛ وهذا شرح لقوله

فيما يأتى : وأيهما قام إلى آخره[1] » .

مذهب مالك : جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٤٠) :

« والذى تحصل عندى من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه فى المجلس بما يقتضى الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً ، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً ، وكذا لو حصل فاصل يقتضى الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق فى العرف لم ينعقد البيع . . . ولا يشترط ألا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبى عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية » .

مذهب أحمد : جاء فى الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٤) :

---

(١) وجاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٣١) : « رجل قال لغيره بعتك هذا بألف درهم فقال لا أقبل بل أعطنيه بخمسمائة ؛ ثم قال قد أخذته بألف درهم . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن دفعه إليه فهو رضا وإلا فلا . (والذى يستخلص من هذا القول أن الآخر رفض الإيجاب فسقط ، ثم تقدم بإيجاب جديد لم يقبل ، ثم عاد إلى الإيجاب الأول ، فوجب إما أن يصدر قبول من البائع وإما أن يتم البيع بالتعاطى ، ولا يعتبر على كل حال إيجاب البائع الأول قائماً بعد أن سقط) .

وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٧ – ٨) : « وفى المجتبى إذا مضيا على العقد بعد اختلاف كلمتيهما ينظر إلى آخرهما كلاماً فيحكم بذلك ، كذا فى البحر الرائق . ولو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم ، فقبل المشترى ، ثم قال بعت منك هذا العبد بمائة دينار ، فى ذلك المجلس أو غيره ، وقال المشترى اشتريت ، ينعقد البيع الثانى وينفسخ البيع الأول ، كذا فى فتاوى قاضيخان ، وكذا لو باعه بجنس الثمن الأول بأقل أو أكثر ، نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر . فإن باعه بعشرة ، لا ينعقد الثانى ، والأول يبقى بحاله لخلو الثانى عن الفائدة ، كذا فى الظهيرية . . . وإذا قال بعت من فلان الغائب ، فحضر فى المجلس فلان وقال اشتريت ، يصح ، كذا فى المحيط . ولو قال البائع بعت ، وقال المشترى اشتريت ، وخرج الكلامان معاً ينعقد البيع ، هكذا كان يقول والدى رحمه الله تعالى ، كذا فى الظهيرية . . . ذكر محمد فى كتاب الوكالة مسألة تدل على أن من قال لغيره بعت منك هذا العبد بكذا ، فقال المشترى قبلت ، أن البيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك أجزت . وبه قال بعض المشايخ ، وهذا لأن البائع حين قال بعت منك فقد ملك العبد من المشترى . فإذا قال المشترى اشتريت فقد تملك العبد وملكه الثمن ، فلا بد من إجازة البائع بعد ذلك ليتملك الثمن . وعامة المشايخ على أنه لا يحتاج إلى إجازة البائع بعد ذلك ، وهو الصحيح ، وهكذا روى عن محمد ، كذا فى الذخيرة » . والقول بأن البيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك أجزت ينطوى على إغراق فى التمسك بوحدة الصفقة . فالعقد لا ينعقد إلا على التزام واحد فى جانب أحد المتعاقدين . فإذا كان هناك التزامان متقابلان ، فى جانب المتعاقدين كليهما – وهذا هو العقد الملزم للجانبين – وجب إيجاب وقبول للالتزام الأول ، ثم إيجاب وقبول آخران للالتزام الثانى . وقد كان من الخير أن هذا النظر المتطرف فى وجوب وحدة الصفقة لم يسد فى الفقه الإسلامى .

« وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما فى المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه ، وإلا فلا ، لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه . فإن تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح ، لأن العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذى لا يتم الكلام إلا به » .

ونرى من ذلك أن مذهب أحمد ، على خلاف المذهب الشافعى ، لا يشترط الفور فى القول ، وسنرى فيما بعد أنه يقول مع ذلك بخيار المجلس . وفى هذا إغراق لم يقع فيه مذهب الشافعى . فإن خيار المجلس فى هذا المذهب الأخير يعوض على القابل ما فاته من فرصة للتدبر باشتراط الفور فى القبول . أما مذهب أحمد فيجعل للقابل فرصتين للتدبر : يرخص له أولا فى أن يتراخى فى القبول إلى نهاية المجلس ، ثم إذا هو قبل يجعل له بعد ذلك خيار المجلس !

المذاهب الأخرى : جاء فى النيل (جزء ٢ ص ١١) :

« ومن باع لواحد فقام بلا قبول ، فهل له قبول أو لا يجوز بعد المجلس ؟ قولان فعلى الأول : نتاجه وغلته هل توقف لقبوله فلا تصرف فيها للبائع ما لم ينكر ، أو له والجناية عليه ؟ . . . قولان ، والمختار الأول . ويوقف بيع إن وقع لغائب أو طفل أو مجنون لقدوم أو بلوغ أو إفاقة . وقيل يبطل وفى قبول أب أو خليفة عليهم قولان » .

والظاهر أن مذهب الأباضية فى أحد قوليه يستبقى الإيجاب قائماً ملزماً حتى بعد القيام من المجلس ، بل حتى يقدم الغائب ويبلغ القاصر ويفيق المجنون أو حتى يقبل عن هؤلاء قابل .

وجاء فى المنتزع المختار (جزء ٣ ص ٤ وما بعدها) :

« والشرط السابع ألا يكون الإيجاب والقبول قد تخللهما فى المجلس إضراب أو رجوع ، فلو قال بعت منك هذا الشيء بكذا ، فأضرب عنه المشترى إما بمكالمة غيره أو قام لبعض حاجاته أو نحو ذلك مما يدل على الإعراض ، ثم قبل بعد ذلك ، لم يصح القبول » . ونرى من ذلك أن مذهب الزيدية يقول هو أيضاً بمجلس العقد .

تبدل مجلس العقد – الإغراق فى المادية :

وبالرغم مما تنطوى عليه نظرية مجلس العقد من دقة فى الصياغة ، إلا أن نصوص المذهب الحنفى ، عند الكلام فى تبدل المجلس ، أغرقت فى تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا سبيل إلى مجاراتها فيه . ونبدأ بإيراد هذه النصوص .

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٣٦) : «وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة فى محمل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد . وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالمشى والسير وإن قل – ألا ترى أنه لو قرأ آية سجدة – وهو يمشى على الأرض أو يسير على دابة لا يصلى عليها – مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة ، وكذا لو خير امرأته وهى تمشى على الأرض أو تسير على دابة لا يصلى عليها فمشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس . وإن اختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج صح اختيارها لأن المجلس لم يتبدل ، فكذا ههنا . ولو تبايعا وهما واقفان ، انعقد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان ، فسار الآخر قبل القبول ، أو سارا جميعاً ، ثم قبل ، لا ينعقد ، لأنه لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشطران فى مجلس واحد . ولو وقفا فخير امرأته ، ثم سار الزوج وهى واقفة ، فالخيار فى يدها . ولو سارت هى والزوج واقف ، بطل خيارها . فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج ، وفى باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً ؛ لأن التخيير من قبل الزوج لازم ، ألا ترى أنه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالإعراض ، وأحد الشطرين فى باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر فاحتمل البطلان بالإعراض . ولو تبايعا وهما فى سفينة ينعقد ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت ، بخلاف المشى والسير ، أما المشى فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها ، ولهذا لو كرر آية السجدة فى

السفينة وهى جارية لا يلزمه إلا سجدة واحدة كما لو كررها فى بيت واحد، وكذا لو خير زوجته فى السفينة وهى جارية فهى على خيارها ما لم يوجد دليل الإعراض».

وجاء فى الهداية (فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) : «وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو كانا على دابة واحدة ، فأجاب الآخر ، لا يصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية . واختار غير واحد كالطحاوى وغيره أنه إذا أجاب على فور كلامه متصلا جاز . وفى الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز ، ولا شك أنهما إذا كانا يمشيان مشياً متصلا لا يقع الإيجاب إلا فى مكان آخر بلا شبهة . ولو كان المخاطب فى صلاة فريضة ، ففرغ منها ، وأجاب صح . وكذا لو كان فى نافلة ، فضم إلى ركعة الإيجاب ركعة أخرى ، ثم قبل ، جاز ، بخلاف ما لو أكملها أربعاً . ولو كان فى يده كوز فشرب ثم أجاب ، جاز . وكذا لو أكل لقمة ، لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكل ولو ناما جالسين لا يختلف . ولو مضطجعين ، أو أحدهما ، فهى فرقة والسفينة كالبيت ، فلو عقدا وهى تجرى ، فأجاب الآخر ، لا ينقطع المجلس بجريانها ، لأنهما لا يملكان إيقافها . وقيل يجوز فى الماشيين أيضاً ما لم يتفرقا بذاتيهما ، أما المسير بلا افتراق فلا ، وهكذا فى خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة . ولو قال بعتك بألف ، ثم قال لآخر بعتك بألف ، فقبلا ، فهى للثانى لا للأول . ولو قال بعتكه بكذا ، فلم يقبل حتى قام البائع فى حاجة ، بطل» .

وجاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٢٧) : «ولو تبايعا وهما يمشيان ، قال بعضهم لا ينعقد البيع لتفرق المجلس بالخطوات قبل القبول ، كما لو قال بعت فقام المشترى ثم قبل . وقال بعضهم ينعقد إذا أجاب المخاطب موصولا بالخطاب ، فإنه ذكر فى الطلاق إذا قال لها اختارى وهما يمشيان ، فقالت اخترت موصولا بالخطاب ، يقع الطلاق» .

ويبدو من قراءة هذه النصوص أن الفقه الحنفى أغرق إغراقاً شديداً فى تصوير مجلس العقد وحدة مكانية مادية . فالمجلس يتبدل بالمشى ، لأن الإيجاب وقع فى مكان ثم وقع القبول فى مكان آخر بانتقال المتعاقدين خطوة من المكان الأول وهما يمشيان ، وهذه هى الخطوة التى تخللت الإيجاب والقبول . وكذا الحال فى السير

على الدابة ، وفى الوقوف ثم المشى أو السير . وتختلف السفينة عن الدابة فى أن المجلس لا يتبدل بجريان السفينة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه وهما لا يملكان وقف السفينة ويملكان وقف الدابة . ويتبدل المجلس أيضاً بالمضى فى الصلاة ، أو فى الشرب ، أو فى الأكل ، أو فى نوم المتعاقدين مضطجعين لا جالسين !!! والظاهر أن الدافع إلى الإغراق فى هذا التصوير المادى لمجلس العقد هو الرغبة فى تحديده تحديداً مكانياً مادياً منضبطاً، حتى ينضبط التعامل بذلك .

ومع هذا لم يستطع الفقه الحنفى أن يثبت على هذه المكانية المادية فى موضعين . (الموضع الأول) فى المشى والسير إذا أجاب المخاطب موصولا بالخطاب ، حتى لو مشى خطوة أو خطوتين فتبدل المكان مادياً بل ذهب بعض الفقهاء إلى حد تشبيه المشى بجريان السفينة ، فكما لا ينقطع المجلس بجريان السفينة كذلك لا ينقطع بالمشى ما لم يتفرق الماشيان بذاتيهما ، (والموضع الثانى) فى تبدل المجلس بالإعراض ، فإذا وجد من كلا المتعاقدين أو أحدهما ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر أو نحوه ، انقطع مجلس العقد ، حتى لو بقى المتعاقدان فى مكانهما الأول ولم يبرحاه وفى كلا الموضعين لم يلتزم الفقه الحنفى الوحدة المادية للمكان ، ففى الموضع الأول تبدلت هذه الوحدة المادية ومع ذلك لم ينقطع المجلس ، وفى الموضع الثانى لم تتبدل الوحدة المادية ومع ذلك انقطع .

أما كان الأولى نبذ هذه الوحدة المكانية والاستعاضة عنها بالوحدة الزمنية . فنقول إن مجلس العقد لا ينقطع طوال الزمن الذى يظل فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد ، بقيا فى مكانهما أو برحاه . فإذا اشتغل كلاهما أو أحدهما بشىء آخر وأعرض عن التعاقد ، فهنا ينقطع مجلس العقد . فينفض المجلس إذن بالإعراض ولو لم يبرحا مكانهما ، ولا ينفض بغير الإعراض ولو برحا هذا المكان .

وما بنا بعد ذلك من حاجة إلى التمييز بين المشى والسير ، والوقوف ثم المشى والسير ، وبين سير الدابة وجريان السفينة ، وبين نوم المتعاقد جالساً ونومه مضطجعاً ! ثم لا نحار بعد فى أنماط من طرق المواصلات استحدثتها الحضارة ،

كالسير بقطار السكة الحديدية[١] ، والسفر بالسفن البخارية[٢] ، وقطع المسافات الشاسعة بركوب السيارات[٣] ، بل اختراق طبقات الجو بامتطاء الطيارات[٤] !!!

(ب) النتائج التي تترتب على نظرية مجلس العقد :

نتائج ثلاث :

يترتب على نظرية مجلس العقد نتائج ثلاث هامة :

(الأولى) أن يكون للمخاطب بالإيجاب خيار القبول إلى أن ينفض مجلس العقد فالقبول غير محتم . ومجلس العقد إنما صيغت نظريته لتحديد الميعاد الذي يتم فيه قبول الإيجاب أو رفضه كما قدمنا . فما دام مجلس العقد قائماً لم ينفض ، كان للمتعاقد الذي وجه إليه الإيجاب أن يقبله أو يرده .

(الثانية) أن يكون للموجب خيار الرجوع عن إيجابه إلى أن يصدر القبول أو ينفض المجلس . فمجلس العقد إذن يحدد من جهة متى يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه ، ويحدد من جهة أخرى متى يجوز للمتعاقد الآخر أن يقبل . ومن ثم نرى أنه إذا كان القبول غير محتم كما قدمنا ، فإن الإيجاب أيضاً غير ملزم ، إلا في بعض المذاهب وسنبسط ذلك في موضعه .

وقد جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٤) عن كل من خيار القبول وخيار الرجوع ما يأتي : « وأما صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر . فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر ، حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فللآخر خيار القبول . وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر ، لما روي عن أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال :

---

(١) وقد شبهه الأستاذ سليم باز ، في شرحه للمجلة ، بجريان السفينة دون السير على الدابة ، لأن المتعاقدين لا يملكان وقف القطار .

(٢) وهل لا تختلف السفينة البخارية عن السفينة الشراعية في أن الأولى يمكن وقفها ولا يمكن وقف الثانية !.

(٣) وإذا كان المشي يبدل المكان خطوات ضئيلة يمكن التسامح فيها ، ألا تبدل السيارة المكان مسافة طويلة يقصر دونها التسامح ! .

(٤) وما القول في الطيران وهو يطوي طبقات الجو ، وهل هو كالمشي على ظهر الأرض خطوة أو خطوتين !!!.

(البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما) ، والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار الرجوع . ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر ، وهذا لا يجوز » .

(الثالث) أن يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس فى مذهب الشافعى وفى مذهب أحمد . وقد رأينا فيما تقدم أن الشافعى يوجب الفور فى القبول لأن الضرورة تندفع به . ولما كان الفور يضيع على القابل فرصة التدبر والتأمل ، فقد عوض عن ذلك بخيار المجلس ، فله أن يرجع عن قبوله الفورى ما دام المجلس قائماً لم ينفض ، فتتاح له بذلك فرصة للتدبر . ونرى من ذلك أن القبول كالإيجاب ، غير ملزم فى مذهبى الشافعى وأحمد ، وأن مجلس العقد كما يحدد متى يجوز للموجب أن يرجع فى الإيجاب ، وكما يحدد متى يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبل ، يحدد كذلك متى يجوز لكل من القابل والموجب أن يرجع فى العقد . فمجلس العقد إذن هو الوقت الذى يجوز فيه استعمال خيار القبول وخيار الرجوع وخيار المجلس ، ومن ثم كانت هذه الخيارات الثلاثة هى النتائج الرئيسية لمجلس العقد . ونستعرضها الآن فى شىء من التفصيل .

خيار القبول :

جاء فى الهداية (فتح القدير ج ٥ ص٧٨ — ص ٨٢) : « قال وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ، إن شاء قبل فى المجلس وإن شاء رد . وهذا خيار القبول ، لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه » . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٧) : « وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع ، فالآخر بالخيار إن شاء قبل فى المجلس وإن شاء رده . وهذا يسمى خيار القبول . وهو غير موروث ، كذا فى الجوهرة النيرة . وخيار القبول يمتد إلى آخر المجلس ، كذا فى الكافى . ويشترط لصحة القبول حياة الموجب ، فلو مات قبله بطل الإيجاب ؛ كذا فى النهر الرائق » . وجاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ٢٩) : « قال فى البحر والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض ، وبرجوع أحدهما عنه ، وبموت أحدهما ، ولذا قلنا إن خيار القبول لا يورث » . وجاء فى الحطاب (جزء ٤

ص ٢٤٠) « لو قال أبيعك سلعتى بعشرة إن شئت ، فلم يقل أخذتها حتى انفض المجلس ، لم يكن له شيء اتفاقاً » .

ونستخلص من هذه النصوص القواعد الآتية :

(أولا) لا إلزام فى القبول ، فمن وجه إليه إيجاب كان حراً فى القبول أو الرفض . وهذه قاعدة بديهية ، « لأنه — كما تقول الهداية — لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه » . وكما أن التزام الموجب بالعقد إنما يقوم على رضاه بصدور الإيجاب منه ، كذلك التزام القابل بالعقد يقوم على رضاه بصدور القبول منه . والعقد ، حتى يلزم المتعاقدين ، يجب أن يقوم على تراضيهما ، بأن يتبادلا إرادتين متطابقتين .

(ثانياً) خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس كما جاء فى الفتاوى الهندية . فما دام المجلس قائماً ، وما دام الموجب لم يرجع عن إيجابه ، كان لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبل فيتم العقد .

(ثالثاً) يمتنع القبول ، حتى قبل انفضاض المجلس ، بموت أحد المتعاقدين . أما إذا مات الموجب ، فلأن إيجابه يسقط بموته ، كما جاء فى الفتاوى الهندية . وأما إذا مات من وجه إليه الإيجاب ، فلأن خيار القبول لا يورث ، كما جاء فى الفتاوى الهندية وابن عابدين . وسقوط الإيجاب بموت من وجه إليه ، أى عدم انتقال خيار القبول إلى الورثة ، حكم شامل معمول به فى القانون المدنى المصرى وفى القانون المدنى العراقى . أما سقوط الإيجاب بموت الموجب فمعمول به فى القانون المدنى العراقى دون القانون المدنى المصرى ، فقد نصت المادة ٩٢ من القانون المدنى المصرى على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

ويبقى أن نتساءل هل حكم فقد الأهلية هو حكم الموت ؟ الظاهر هو هذا . على أن الأباضية يذهبون إلى أن الموت وفقد الأهلية لا يمنعان القبول ، فإذا فقد المشترى أهليته قبل قبول البيع أو مات قام خليفته مقامه فى القبول . وقد جاء فى النيل (جزء ٢ ص ١١) فى هذا المعنى ما يأتى : « وإن تجنن مشتر قبل قبول .

علق البيع ، وخليفته بمقامه إن كانت ، وإلا أجبر أولياؤه باستخلاف عليه إن طلب البائع فى الأظهر . وإن مات فوارثه بمقامه . وجاز قبوله إن ارتد أيام استتابته وبعدها ، إما مسلم أو مقتول ، إن لم يكن المبيع رقيقاً أو مصحفاً أو آلة ضرب » . وكذلك إذا مات البائع أو فقد أهليته قبل قبول المشترى ، لم يسقط الإيجاب وكان للمشترى أن يقبل البيع بالرغم من ذلك . وقد جاء فى النيل أيضاً (جزء ٢ ص ١١) فى هذا المعنى ما يأتى : « ومن باع فمات أو جن أو ارتد ، فبدا له ، علق للمشترى ، وخير » . أما فى مذهب مالك فالإيجاب ملزم لا يجوز للموجب الرجوع عنه كما سنرى ، فهل يسقط هذا الإيجاب الملزم بموت الموجب أو بفقده لأهليته ؟

خيار الرجوع :

جاء فى الهداية (فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) : « وإذ لم يفد (الإيجاب) الحكم بدون قبول الآخر ، فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه من إبطال حق الغير » . وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) تعليقاً على ما تقدم : « وللموجب ، أيهما كان بائعاً ومشترياً ، أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب ، لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى ، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك ، والموجب هو الذى أثبت له الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ، ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك ، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه . ألا ترى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة ، وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء . ولو صادف رد البائع قبول المشترى بطل . وأورد فى الكافى الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير ، وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب ، وإنما الفائت وصفه وهو النماء ، فبعد أخذ السبب حكمه تم الأمر ، وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شطره فلا يكون البيع موجوداً » .

وجاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٣٠ — ص ١٣١) « ولو قال البائع بعد الإيجاب رجعت ، فقال المشترى معاً قبلت ، كان الرجوع أولى » . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « لو قال بعت ، وقال المشترى اشتريت ،

وقارنه الآخر برجعت ، إن كانا معاً لا يتم البيع ، وإن عاقبه البائع برجعت تم ، كذا فى الوجيز للكردرى » .

وجاء فى المنتزع المختار (جزء ٣ ص ٤ وما بعدها) : « وهكذا لو قال بعت منك ، ثم قال رجعت عن ذلك قبل أن يقول المشترى قبلت ، لم يصح (البيع) أيضاً » .

هذا ومذهب مالك على غير ذلك ، فقد جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٤٠) « إن من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه لا يلزمه ، وله الرجوع عنه فى المجلس ما لم يجبه صاحبه بالقبول فيه . وهذا ظاهر ، إلا أنه ليس على مذهب مالك . وإنما هو قول محمد بن الحسن . والذى يأتى على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه فى المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك . . . لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر ، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول » .

ويستخلص من هذه النصوص ما يأتى :

(أولا) مذهب مالك صريح فى أن الإيجاب بعد صدوره ملزم لصاحبه ، فلا يجوز له الرجوع عنه . ولو رجع عنه قبل صدور القبول ، ثم صدر القبول بعد الرجوع ، فإن العقد يتم بالرغم من الرجوع عن الإيجاب . ويظهر أن السبب فى ذلك أن الإرادة المنفردة عند مالك تلزم صاحبها ، وقد تقدم القول فى هذا عند الكلام فى الإرادة المنفردة وفى الالتزام وفى الوعد . والإيجاب إرادة منفردة تلزم الموجب بالبقاء على إيجابه حتى يقبل أو يرفض . فلا يجوز الرجوع عن الإيجاب ، وإنما يجوز سقوطه برفضه أو بانفضاض مجلس العقد دون أن يصدر القبول .

(ثانياً) أما فى المذاهب الأخرى فالإيجاب غير ملزم . وقد رأينا أن الإيجاب يسقط بانفضاض المجلس دون أن يصدر القبول ، ويسقط بموت أحد المتعاقدين أو فقده لأهليته قبل صدور القبول . كذلك يسقط الإيجاب برجوع الموجب عنه قبل صدور القبول ولو قبل انفضاض المجلس . أما إذا صدر القبول فى مجلس العقد ، فقد امتنع على الموجب أن يرجع عن إيجابه . على أنه إذا صدر القبول وفى

الوقت ذاته رجع الموجب عن إيجابه ، أى تعاصر صدور القبول ورجوع الموجب ، فإن الرجوع يصح ، ولا يتم العقد ، كما جاء فى الفتاوى الخانية وفى الفتاوى الهندية . وقد أخذ القانون المدنى العراقى بجواز الرجوع فى الإيجاب قبل صدور القبول ، ولم يأخذ بمذهب مالك فى لزوم الإيجاب إلا إذا كان الموجب قد حدد ميعاداً للقبول . فنصت المادة ٨٢ من هذا القانون على ما يأتى : « المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول ، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك » . ونصت المادة ٨٤ على أنه « إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد » . وهذا أيضاً ما فعله القانون المدنى المصرى . فنصت المادة ٩٤ من هذا القانون على ما يأتى :

١ – إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

٢ – ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول . وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد » . ونصت المادة ٩٣ على أنه « ١ – إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ – وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » .

(ثالثاً) وتعليل حق الموجب فى الرجوع عن إيجابه أنه خال من إبطال حق الغير ، كما جاء فى الهداية وفتح القدير . ذلك أن الموجب لم يثبت لمن خاطبه بالإيجاب إلا حق التملك ، وهو إذا كان أقوى من الرخصة فهو أضعف من حق الملك . وقد سبق تفصيل القول فى ذلك . فلو لم يجز للموجب الرجوع ، وهو صاحب حق الملك ، رعاية للمتعاقد الآخر وهو صاحب حق التملك ، للزم تعطيل حق الملك بحق التملك ، أى تعطيل الأقوى بالأضعف وهذا لا يجوز . والقاعدة أن حق التملك لا يعطل حق الملك ، فحق التملك الثابت للأب فى مال ولده عند الحاجة ، لا يعطل من حق الولد فى أن يتصرف فى ماله كيف شاء . أما تعجيل

الزكاة فيثبت لمن عجلت له حق الملك لا حق التملك ، ولذلك لا يجوز استردادها ، ذلك أن الأصل الموجب للدفع فى الزكاة هو النصاب وهو قائم ، ولم يفت إلا الوصف وهو النماء ، فإذا أخذ السبب حكمه لم يجز الرجوع ، أما فى البيع فسبب حق الملك هو عقد البيع الكامل ، ولم يتحقق لأن الإيجاب ليس إلا شطراً من البيع ، فجاز الرجوع فى الإيجاب ولم يجز الرجوع فى تعجيل الزكاة . ويضيف صاحب فتح القدير تعليلا آخر إلى ما تقدم ، هو أن الإيجاب قد أثبت للمخاطب به ولاية الأخذ ، والموجب هو الذى أثبت له هذه الولاية ، فله أن يرفعها ، كعزل الوكيل .

خيار المجلس :

اختلاف المذاهب فى خيار المجلس :

أشرنا فيما قدمناه إلى خيار المجلس وأنه خيار يعطى للمتعاقدين حق الرجوع عن العقد إلى حين انفضاض المجلس . والآن نعرض لهذا الخيار فى شىء من التفصيل . فقد انقسمت فيه المذاهب انقساماً شديداً ، وكثر بينها الجدل فى شأنه .

فالحنفية والمالكية ينكرون خيار المجلس . وعندهم أن العقد متى تم فى مجلسه بصدور القبول امتنع على أى من المتعاقدين بعد ذلك أن يرجع ، لأن صفة العقد الإلزام ، ولا إلزام إذا أجزنا لأى منهما الرجوع .

ويبدو أن الحنفية والمالكية فى إنكارهم لخيار المجلس إنما يجعلون مجلس العقد ينفض ضرورة بصدور القبول . إذ يستوى من الناحية العملية ، ألا يكون لأحد من المتعاقدين حق الرجوع بعد صدور القبول ، وأن يكون المجلس قد انفض بصدور القبول .

والشافعية والحنابلة يقولون بخيار المجلس . وعندهم أن أيًّا من المتعاقدين يكون له خيار الرجوع ما دام مجلس العقد قائماً لم ينفض ، فإذا انفض المجلس بطل الخيار . فكأن المجلس ، على هذا القول ، يمتد إلى ما وراء القبول ، ويبقى ما بقى العاقدان فى المجلس ، ويثبت الخيار لكل من المتعاقدين فى الفترة ما بين صدور القبول

وانصراف المتعاقدين أو أحدهما عن مجلس العقد ، أى قبل تفرق المتعاقدين بالبدن . ولعل الأصح فى تصوير مذهب من يقول بخيار المجلس أن يكون هناك مجلسان : مجلس العقد وينفض بالقبول أو بالإعراض من المتعاقد ، ومجلس الخيار ويعقب مجلس العقد فوراً ولا ينفض إلا بتفرق المتعاقدين بالبدن .

ويستدل أصحاب الرأى الثانى — الشافعية والحنابلة — إلى حديث مشهور يروونه على صور مختلفة .

ويحتج أصحاب الرأى الأول — الحنفية والمالكية — بالكتاب والقياس ويتأولون الحديث . وننقل فى هذا الصدد ما جاء فى بداية المجتهد لابن رشد ، فهو يوجز حجج الفريقين ، تمهيداً لما سننقل بعد ذلك فى توسع من النصوص التى تناقش كلا من الرأيين . قال ابن رشد فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٩ — ص ١٤١) : « ولا خلاف ، فيما أحسب ، أن الإيجاب والقبول المؤثرين فى اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس . أعنى أنه متى قال البائع قد بعت سلعتى بكذا وكذا ، فسكت المشترى ولم يقبل البيع حتى افترقا ، ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت ، أنه لا يلزم ذلك البائع . واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة إن البيع يلزم فى المجلس بالقول وإن لم يفترقا . وقال الشافعى وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد . وهو قول ابن أبى ذئب فى طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى وشريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم . وهو مروى عن ابن عمر وأبى برزة الإسلامى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة . وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا ، إلا بيع الخيار » وفى بعض روايات هذا الحديث « إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر » . وهذا حديث فى إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد . وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم فى رد العمل بهذا الحديث . فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله فى رد

العمل به انه لم يلف عمل أهل المدينة عليه، مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال : أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان». فكأنه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضى أن يكون فى المجلس وبعد المجلس . ولو كان المجلس شرطاً فى انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تعيين حكم الاختلاف فى المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزوم إلا بعد الافتراق من المجلس . وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه . والأولى أن يبنى هذا على ذلك . وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً فيما أحسب . فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس . فمن أظهر الظواهر فى ذلك قوله عز وجل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، والعقد هو الإيجاب والقبول ، والأمر على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لأن له عندهم أن يرجع فى البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا . وأما القياس فإنهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر ، أصله كسائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد . فلما قيل لهم إن الظواهر التى يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق فى مقابلة الحديث إلا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية وإن كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . قالوا وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين . قالوا ولنا فيه تأويلان . أحدهما أن المتبايعين فى الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع ، فقيل لهم إنه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل الآخر فقالوا إن التفرق ههنا هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال تعالى « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته » ، والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هى التفرق بالأبدان ، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى ، والحكمة فى ذلك هى لموضع الندم » .

ويستخلص من استعراض المذاهب المختلفة أن الشافعى يرى أن يكون القبول فوراً كما قدمنا ، فهو يثبت لذلك خيار المجلس حتى يتمكن المتعاقدان من التدبر طيلة المجلس ، فما فاتهما بالفورية يعوضانه بخيار المجلس . أما أبو حنيفة فيرى جواز تراخى القبول إلى نهاية المجلس ، وبهذا يتسع الوقت للمتعاقدين فى التدبر ، وما فاتهما بانعدام خيار المجلس يعوضانه بتراخى القبول ، إذ يجوز للموجب الرجوع فى الإيجاب ما دام المجلس قائماً ولم يصدر قبول ، ويجوز للمخاطب بالإيجاب أن يتدبر أمر القبول أو الرفض طيلة قيام المجلس ، ولكن متى صدر القبول لزم العقد فلا يثبت خيار المجلس لأى من المتعاقدين . وأما مالك فيرى هو أيضاً جواز تراخى القبول إلى نهاية المجلس حتى يتدبر القابل ، ولكن لا يجوز للموجب أن يرجع فى إيجابه لأنه قبل أن يصدر منه الإيجاب يكون قد تدبر ، ومتى صدر القبول لزم العقد من الجانبين ولا يثبت خيار المجلس . وأما أحمد فيجمع بين التراخى فى القبول وخيار المجلس ، فيعطى لكل من المتعاقدين فرصتين للتدبر : الأولى قبل صدور القبول والثانية قبل انفضاض المجلس ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

فالمذاهب الأربعة ، من حيث إعطاء كل من المتعاقدين فرصة للتدبر ، تتدرج . فالمالكية لا يعطون للموجب فرصة للرجوع عن إيجابه ويعطون للمخاطب بالإيجاب فرصة التدبر للقبول أو الرفض إلى آخر المجلس . والحنفية يعطون لكل من الموجب والمخاطب بالإيجاب فرصة التدبر إلى آخر المجلس . والشافعية يعطون كلا من المتعاقدين فرصة التدبر ، ولكن بعد انعقاد العقد إلى آخر المجلس . والحنابلة يعطون كلا من المتعاقدين فرصتين للتدبر ، قبل انعقاد العقد للموجب خيار الرجوع وللمخاطب بالإيجاب خيار القبول ، وبعد انعقاد العقد لكل منهما خيار المجلس .

أحكام خيار المجلس عند من يقول به :

وقد رأينا أن الشافعية والحنابلة يقولون بخيار المجلس ، فنستعرض الآن النصوص التى يقررون فيها حكم هذا الخيار .

جاء فى الوجيز (جـ ١ ، ١٤٠ — ١٤١) « والأصل فى البيع اللزوم ، والخيار عارض . ثم ينقسم الخيار إلى خيار التروى وخيار النقيصة . وخيار التروى ما لا يتوقف

على فوات وصف . وله سببان . أحدهما المجلس . فيثبت خيار المجلس فى كل معاوضة محضة من بيع وسلم وصرف وإجارة إلا فيما يستعقب عقاقة كشراء القريب وشراء العبد نفسه ، ولا يثبت فيما لا يسمى بيعاً ؛ لأن مستنده قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا . وينقطع الخيار بلفظ يدل على اللزوم وتمام الرضا وبمفارقة المجلس بالبدن . وهل يبطل بالموت ؟ فيه قولان ، أصحهما أنه لا يبطل كخيار الشرط فيثبت للوارث . ولو فرق بينهما على إكراه ، ففى بطلان الخيار خلاف ويثبت عند جنون أحد المتعاقدين قبل التفرق للقيم . ولو تنازعا فى جريان التفرق ، فالأصل عدمه ومن يدعيه يطالب بالبينة . ولو تنازعا فى الفسخ بعد الاتفاق على التفرق ، فالأصل عدم الفسخ . والسبب الثانى الشرط (أى خيار الشرط) إلخ .

وجاء فى المهذب (ج ١ ، ٢٥٧ — ٢٥٨) : « وإذا انعقد البيع يثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخايرا ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر . والتفرق أن يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه ؛ لما روى عن نافع أن ابن عمر رضى الله عنه كان إذا اشترى شيئاً مشى أذرعاً ليجب البيع ثم يرجع . ولأن التفرق فى الشرع مطلق فوجب أن يحمل على التفرق المعهود ، وذلك يحصل بما ذكرناه . وإن لم يتفرقا ، ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره لم يسقط الخيار ؛ لأن ذلك لا يسمى تفرقاً . وأما التخاير فهو أن يقول أحدهما للآخر اختر إمضاء البيع أو فسخه ، فيقول الآخر اخترت إمضاءه أو فسخه فينقطع الخيار لقوله عليه السلام « أو يقول أحدهما للآخر اختر » فإن خير أحدهما صاحبه فسكت ، لم ينقطع خيار المسئول ، وهل ينقطع خيار السائل ؟ فيه وجهان : أحدهما لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته اختارى فسكتت فإن خيار الزوج فى طلاقها لا يسقط . والثانى أنه ينقطع ، لقوله عليه السلام « أو يقول أحدهما للآخر اختر » فدل على أنه إذا قال يسقط خياره ، ويخالف تخيير المرأة فإن المرأة لم تكن مالكة للخيار وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه فإذا سكتت بقى على حقه ، وههنا المشترى يملك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار . فإن أكرها على التفرق ففيه وجهان : أحدهما يبطل الخيار ،

لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير فإذا لم يفعل فقد رضى بإسقاط الخيار . والثانى أنه لا يبطل ، لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار . فإن باعه على ألا خيار له ففيه وجهان . من أصحابنا من قال يصح ، لأن الخيار جعل رفقاً بهما فجاز لهما تركه ، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه . وقال أبو إسحق لا يصح ، وهو الصحيح ، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع . فإن قلنا بهذا فهل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ فيه وجهان . أحدهما لا يبطل ، لأن هذا الشرط لا يؤدى إلى الجهل بالعوض والمعوض . والثانى يبطل ، لأنه يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط ألاّ يسلم المبيع[1] » .

---

(١) انظر أيضاً الأشباه للسيوطى ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧ — ونضيف إلى ما تقدم النصوص المقررة لحكم الخيار فى مذهب أحمد وهى قريبة من نصوص الشافعية :

جاء فى المغنى [جزء ٤ ص ٦ وما بعدها] : « الفصل الثانى أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه ، ولا خلاف فى لزومه بعد التفرق . والمرجع فى التفرق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقا . لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه ، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والإحراز . فإن كانا فى فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء ، فبأن يمشى أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات ، وقيل هو أن يبعد عنه بحيث لا يسمع كلامه الذى يتكلم به فى العادة . قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرق الأبدان ، فقال إذا أخذ هذا هكذا وهذا هكذا فقد تفرقا . روى مسلم عن نافع قال فكان ابن عمر إذا بايع فأراد ألا يقيله مشى هنيهة ثم رجع . وإن كانا فى دار كبيرة ذات مجالس ودسوت ، فالمفارقة أن يفارقه من بيت إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس إلى بيت أو نحو ذلك . فان كانا فى دار صغيرة ، فإذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه . وإن كانا فى سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى . وإن كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر فى أسفلها . وهذا كله مذهب الشافعى . فإن كان المشترى هو البائع ، مثل أن يشترى لنفسه من مال ولده أو يشترى لولده من مال نفسه ، لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه تولى طرفى العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ، ولا يحتمل أن يثبت فيه ، ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لأن الافتراق لا يمكن ههنا لكون البائع هو المشترى ، ومتى حصل التفرق لزم العقد ، قصدا ذلك أو لم يقصداه ، علماه أو جهلاه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد . ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد ، لأنه فارقه باختياره ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ، ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع . ولو قاما فى المجلس وسدلا بينهما ستراً ، أو بنيا بينهما حاجزاً ، أو ناما أو قاما فمضيا جميعاً ولم يتفرقا ، فالخيار بحاله وإن طالت المدة لعدم التفرق . وروى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن الرضى قال غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا ، فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما ، فلما أصبحا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم ، فأتى الرجل وأخذه بالبيع ، فأبى الرجل أن يدفعه إليه ، فقال بينى وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأتيا أبا برزة فى ناحية العسكر فقالا له هذه القصة ، فقال : أترضيان أن أقضى بينكما =

ويستخلص مما أوردناه من النصوص — فى المتن وفى الحاشية — أن أحكام خيار المجلس عند من يقولون به تتلخص فيما يأتى :

= بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ما أراكا افترقتما . فإن فارق أحدهما الآخر مكرهاً احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفريق ، ولأنه لا يعتبر رضاه فى مفارقة صاحبه له فكذلك فى مفارقته لصاحبه . وقال القاضى لا ينقطع الخيار لأنه حكم على التفرق فلم يثبت مع الإكراه كما لوعلق عليه الطلاق . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه ، ويكون الخيار للمكروه منهما فى المجلس الذى يزول عنه فيه الإكراه حتى يفارقه ، وإن أكرها جميعاً انقطع خيارهما لأن كل واحد منهما ينقطع خياره لفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه . وذكر ابن عقيل من صور الإكراه ما لو رأيا سبعاً أو ظالماً خشياه فهربا فزعاً منه أو حملهما سيل أو فرقت ريح بينهما. (فصل) وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه ، فإن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمى عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه . وهذا مذهب الشافعى وإن مات أحدهما بطل خياره ، لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث . وأما الباقى منهما فيبطل خياره أيضاً لأنه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم . ويحتمل ألا يبطل لأن التفرق بالأبدان لم يحصل ، فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معا . (فصل) وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله . رواه النسائى والأثرم والترمذى وقال حديث حسن . وقوله إلا أن تكون صفقة خيار يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم بتفرقهما غاية للخيار فيه لكونه ثابتاً بعده تفرقهما . ويحتمل أنه أراد البيع الذى شرطا فيه ألا يكون بينهما فيه خيار فيلزم ولا يكون تفرقهما بمجرد العقد من غير تفرقهما . وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع. هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية الأثرم ، فإنه ذكر له فعل ابن عمر وحديث عمرو بن شعيب ، فقال هذا الآن قول النبى صلى الله عليه وسلم وهذا اختيار أبى بكر . وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد جواز ذلك ، لأن ابن عمر كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه متفق عليه . والأول أصح ، لأن قول النبى صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر ، والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه — (الفصل الثالث) أن ظاهر كلام الخرقى أن الخيار يمتد إلى التفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، لأن أكثر الروايات عن النبى صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » من غير تقييد ولا تخصيص ، هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برزه وأكثر الروايات عن عبد الله ابن عمر. والرواية الثانية أن الخيار يبطل بالتخاير اختارها الشريف بن أبى موسى ، وهذا مذهب الشافعى ، وهو أصح ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر « فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » متفق عليه ، والأخذ بالزيادة أولى . والتخاير فى ابتداء العقد وبعده فى المجلس واحد. فالتخاير فى ابتدائه أن يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك ، فلا يكون لهما خيار . والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت إمضاء العقد أو إلزامه أو اخترت العقد أو أسقطت خيارى ، فيلزم العقد من الطرفين . وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم فى حقه وحده كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر . وقال أصحاب الشافعى : التخاير فى ابتداء العقد قولان ، أظهرهما =

لكل من المتعاقدين ، بعد صدور القبول وتمام العقد ، خيار المجلس أى خيار الرجوع فى العقد بعد تمامه . ويستقل فى ذلك بإرادته وحدها ، وهذا هو الفرق بين خيار المجلس والتقايل إذ التقايل لا يكون إلا بتوافق الإرادتين . ومع ذلك ينقطع خيار المجلس ، ويصبح العقد باتاً لا رجوع فيه بأحد الأمور الآتية : (١) انفضاض المجلس أو التفرق بالأبدان . (٢) التخاير . (٣) موت أحد المتعاقدين .

١ — وانفضاض المجلس أو التفرق بالأبدان يكون على ما جاء فى المهذب ، بأن يتفرق المتعاقدان بأبدانهما بحيث إذا كلم أحدهما الآخر على العادة لم يسمع كلامه ، فينفض المجلس بذلك وينقطع الخيار . والمرجع فى التفرق ، على ما جاء

= لايقطع الخيار ، لأنه إسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة . فعلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة . ولنا قوله عليه السلام « فان خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » وقوله « إلا أن يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار وجب البيع وهذا صريح فى الحكم فلا يعول على ماخالفه . ولأن ما أثر فى الخيار فى المجلس أثر فيه مقارناً للعقد كاشتراط الخيار ، ولأنه أحد الخيارين فى البيع فجاز إخلاؤه عنه كخيار الشرط . وقولهم إنه إسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك ، فإن سبب الخيار البيع المطلق فأما البيع مع التخاير فليس بسبب له ، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه . وأما الشفيع فإنه أجنبى عن العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره فى العقد بخلاف مسألتنا . فإن قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئا ، فالساكت منهما على خياره لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره ، وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البيعان بالخيار مالم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخارى وأبو داود والنسائى ، لأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره . وهذا مذهب ظاهر الشافعى . ويحتمل ألا يبطل خياره ، لأنه خيره فلم يختر فلم يؤثر فيه ، كما لو جعل لزوجته الخيار فلم تختر شيئاً ، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار . والأول أولى ، لظاهر الحديث ولأنه جعل الخيار لغيره ، ويفارق الزوجة لأنه ملكها ما لا تملك فإذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا إنما كان إسقاطا فسقط » .

أنظر أيضا الفروع جزء ٢ ص ٤٩٨ — ٥٠٠ (وقد جاء فيه ص ٤٩٨ : وفى طريقة بعض أصحابنا رواية لا يثبت خيار مجلس فى بيع وعقد معاوضة — وهذا معناه أن هنالك رأياً فى مذهب أحمد ينكر خيار المجلس ، ويتفق فى هذا مع الحنفية والمالكية) .

وانظر القواعد لابن رجب ص ٩٠ .

وانظر فى مذهب الظاهرية المحلى لابن حزم جزء ٨ ص ٣٥١ — ص ٣٧٠ ، وهو يثبت خيار المجلس ويقرر أحكامه — وقد ورد فى ص ٣٥٧ منه ما يأتى : « فصح يقيناً أنه لا يلزم الوفاء بعقد أصلا إلا عقداً أتى النص بالوفاء به باسمه وعينه » .

أما مذهب الأباضية فالظاهر أنه لا يقول بخيار المجلس ، وقد ورد فى النيل (جزء ٥ ص ١١) « والمتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ، معناه بالصفقة عندنا لا بالأبدان » .

فى المغنى ، إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقاً ، ويغلب أن يكون بأن يبعد الصاحب عن صاحبه بحيث لا يسمع كلامه الذى يتكلم به فى العادة ، وفى هذا يتفق المغنى مع المهذب. ثم يطبق الفقهاء هذا المعيار على أوضاع مختلفة ، فيتكلمون فى التفرق فى الفضاء الواسع كالمسجد الكبير والصحراء ، وفى التفرق فى الدار الكبيرة ذات المجالس والدسوت ، وفى الدار الصغيرة ، وفى السفينة الصغيرة والسفينة الكبيرة ، ويغرقون فى بعض هذه التطبيقات على ما رأينا فى المغنى . على أن التفرق يجب أن يكون تفرقاً طبيعياً ، لا تعمد فيه ولا إكراه ، فلا يبطل التفرق الخيار إذا فارق الصاحب صاحبه خشية أن يستقيله على ما جاء فى الحديث ، وإن كان قد روى عن ابن عمر أنه كان إذا اشترى شيئاً يعجبه تعمد أن يفارق البائع أذرعاً ليجب البيع ثم يرجع . وإن فارق أحدهما الآخر مكرهاً لا ينقطع خياره لأن الخيار حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الإكراه ، ولأن المكره لم يوجد منه أكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار . وينقطع خيار غير المكره من المتعاقدين كما لو هرب من صاحبه وفارقه بغير رضاه . وقيل بل ينقطع خيار المكره وغير المكره ، لأن الخيار غايته التفرق وقد وجد ، ولأن المكره كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير فإذا لم يفعل فقد رضى بإسقاط الخيار ، ولأنه لا يعتبر رضاء المتعاقد فى مفارقة صاحبه له فكذلك فى مفارقته لصاحبه . وإن أكرها جميعاً انقطع خيارهما ، لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه . وذكر من صور الإكراه ما لو رأيا سبعاً أو ظالماً خشياه أو حملهما سيل أو فرقت بينهما ريح . أما إذا أقام المتعاقدان فى المجلس لم ينقطع خيارهما ، وإن طالت المدة ، لعدم التفرق ، حتى لو سدلا بينهما ستراً أو بنيا حاجزاً أو ناما أو قاما فمضيا جميعاً ولم يتفرقا . وإن كان المشترى هو البائع ، كمن يشترى لنفسه من مال ولده ، فالتفرق لا يمكن ، ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه . ومتى حصل تفرق المتعاقدين على النحو الذى بيناه ، انقطع خيارهما ، قصدا ذلك أو لم يقصداه ، علماه أو جهلاه ، فالتفرق إذن واقعة مادية لا تصرف قانونى .

٢ — والتخاير يكون بأن يقول أحد المتعاقدين للآخر ، قبل أن يتفرقا بأبدانهما ، اختر إمضاء العقد أو فسخه ، فيقول الآخر اخترت إمضاءه أو فسخه .

وبذلك يبت المتعاقدان فى مصير العقد قبل التفرق وانفضاض المجلس . وإن سكت المسئول لم ينقطع خياره . ومن خير صاحبه من المتعاقدين — أى السائل — يسقط خياره ، لأن كلا من المتعاقدين يملك الخيار فلم يكن تخيير السائل للمسئول تمليك الخيار له بل هو إسقاط الخيار نفسه . وقيل بل لا ينقطع خيار السائل كما لو قال لزوجته اختارى فسكتت فإن خيار الزوج فى طلاقها لا يسقط ، ولكن الأولى أن ينقطع خياره ، ويفارق الزوجة لأن تخييره لها لا يحمل على إسقاط خيار نفسه بل على تمليكه إياها خياراً لم تكن تملكه قبل التخيير . وقد يختار أحد المتعاقدين من تلقاء نفسه إمضاء العقد ، دون أن يخيره صاحبه ، فيلزم العقد فى حقه وحده ، ويبقى المتعاقد الآخر على خياره ، كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر .

٣ — وموت أحد المتعاقدين قبل التفرق وانفضاض المجلس يبطل خياره عند أحمد ، لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث . والأصح عند الشافعى أن موت المتعاقد لا يبطل خياره ، فيثبت للوارث قياساً على خيار الشرط . ومن بقى من المتعاقدين حياً يبطل خياره ، لأن الخيار يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم . وقيل لا يبطل ، لأن التفرق بالأبدان لم يحصل ، فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً . أما فقد أحد المتعاقدين لأهليته قبل التفرق ، بأن جن مثلا ، فلا يفقده خياره ، بل يثبت الخيار للولى أو القيم أو الحاكم . ومثل الجنون الإغماء أو الخرس إذا لم تفهم إشارة الأخرس .

وقد يتنازع المتعاقدان بعد الاتفاق على أن أحدهما اختار الفسخ فى جريان التفرق وانفضاض مجلس العقد قبل اختيار الفسخ ، والأصل عدم التفرق ،ومن يدعى التفرق يطالب بالبينة . وقد يتفقان على أن التفرق قد تم وانفض المجلس ، ولكن يتنازعان فى أن أحدهما اختار فسخ العقد قبل التفرق ، والأصل عدم الفسخ ومن ادعى الفسخ يطالب بالبينة .

ثم إن خيار المجلس يجوز النزول عنه عند التعاقد ، وهذا هو التخاير فى ابتداء العقد ، فيقول أحد المتعاقدين للآخر بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك ، فلا يكون لهما خيار . ذلك أن خيار المجلس جعل رفقاً بالمتعاقدين فجاز لهما

تركه ، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه ، ولأن ما أثر فى الخيار فى المجلس أثر فيه مقارناً للعقد كاشتراط الخيار ، ولأنه أحد الخيارين فى البيع فجاز إخلاؤه منه كخيار الشرط . والصحيح فى مذهب الشافعى هو عدم جواز النزول عن خيار المجلس ابتداء عند التعاقد ، لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع . ويرد فقهاء المذهب الحنبلى على ذلك — كما جاء فى المغنى — بأن القول إن إسقاط خيار المجلس ابتداء هو إسقاط للخيار قبل سببه غير صحيح ، فإن سبب الخيار البيع المطلق أما البيع مع التخاير فليس بسبب له ، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه ، وأما الشفيع فإنه أجنبى عن العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره فى العقد بخلاف مسألتنا . على أن من يقول من الشافعية بعدم جواز اشتراط النزول عن خيار المجلس يختلفون فيما إذا كان العقد يبطل بهذا الشرط . قال بعضهم لا يبطل العقد ، لأن هذا الشرط لا يؤدى إلى الجهل بالعوض والمعوض . وقال آخرون بل يبطل ، لأن هذا الشرط يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط ألا يسلم المبيع .

ما ورد من النصوص فى إثبات خيار المجلس وفى نفيه :

والآن بعد أن قررنا أن هناك رأياً فى الفقه الإسلامى يثبت خيار المجلس ، ويقرر أحكامه على الوجه الذى فصلناه . ورأياً آخر ينفيه ، يبقى أن نذكر النصوص التى وردت فى كل من الرأيين لنستخلص منها الحجج التى يستند إليها كل من الفريقين .

جاء فى الهداية (فتح القدير جـ ٥ ص ٨٧ — ص٨٢) : «وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب وعدم رؤية . وقال الشافعى رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا . ولنا أن الفسخ إبطال حق للغير فلا يجوز ، والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال » . وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) تعليقاً على ما تقدم : « قوله : وإذا حصل الإيجاب والقبول

لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب وعدم رؤية — وهو قول مالك رحمه الله. وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله . لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً . رواه البخارى عن حديث ابن عمر رضى الله عنهما وروى البخارى أيضاً أن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر . وروى البخارى أيضاً من حديث حكيم بن حزام رضى الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار ما لم يتفرقا . ولنا السمع والقياس . أما السمع فقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »، وهذا عقد قبل التخيير ، وقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »، وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير ، وقوله تعالى : «وأشهدوا إذا تبايعتم »، أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص . ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعاً وقد اعتبر الشرع فى كونه ملزماً اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة وكذا لا يتم التجارة عن التراضى إلا به شرعاً وإنما أباح الأكل بعد الاختيار لاعتباره فى التجارة عن تراض . وأما حديث حبان بن منقذ رضى الله عنه حيث قال له إذا ابتعت فقل لا خلابة ولى خيار ، فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام ، فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط فى صاحب العقد لا أصل الخيار ، ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار فى لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور ، كما فعل المصنف بناء على أن حقيقته المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجازه . والمتشاغلان ، يعنى المساومين ، يصدق عند إيجاب إحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد، وهذا هو خيار القبول . وهذا حمل إبراهيم النخعى رحمه الله تعالى . لا يقال هذا أيضاً مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان ، لأنا نقول هذا من المواضع التى تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ ، كالمخبر لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر ، والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على

التعاقب فى أجزائه ، فبالضرورة يصدق مخبراً بحال النطق ببعض حروف الخبر وإلا لا يتحقق له حقيقة . ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراوضان فيه ، فليكن هذا المعنى الحقيقى ، والحمل على الحقيقى متعين ، فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفى توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب إحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضى السابق فى إلزامه بكلام أحدهما بعد . قال المصنف رحمه الله تعالى : أو هو يحتمله فيحمل عليه ، جمعاً بين ما ذكرناه من الآيات حيث يكون المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الأسماء على أمر آخر . لا يقال إن ما فى خيار أحد المتبايعين وهو الثانى القابل لا خيار لهما ؛ لأنه ممنوع ، بل الموجب أيضاً له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وألا يرجع . وعلى هذا فالتفرق الذى هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال ، وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشترى أو يرجع الموجب قبل القبول . وإسناد التفرق إلى الناس مراداً به تفرق أقوالهم كثير فى الشرع والعرف — قال الله تعالى: «وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة»، وقال صلى الله عليه وسلم: «افترقت بنو إسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة». وحينئذ فيراد بأحدهما فى قوله: (إذ يقول أحدهما لصاحبه اختر) الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر أتقبل أولا ، والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر ؛ فكذا فى خيار القبول ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة ، كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضاء ، فكذا البيع . وأما ما يقال تعلق حق كل من المتعاقدين ببدل الآخر فلا يجوز إبطاله فيرد منعه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه إلى غاية الخيار بالحديث ، فإنما يرجع الكلام فيه إلى ما ذكرناه من معنى المتبايعين . وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية فى الضعف ، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره ، بل مالك عنده محجوج به[1] » .

---

(١) انظر أيضا شرح العناية للبابرتى تعليقاً على الهداية وحاشية سعدى شابى (فتح القدير جـ ٥ ص =

وجاء فى المدونة الكبرى (ج ١٠ ص ٢٠) : « قلت لابن القاسم هل يكون البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فى قول مالك ؟ قال قال مالك لا خيار لهما وإن لم يتفرقا . قال قال مالك البيع كلام ، فإذا أوجبا البيع بالكلام وجب البيع ، ولم يكن لأحدهما أن يمتنع مما قد لزمه . وقال مالك فى حديث ابن عمر البيعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار . قال مالك ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه . (ابن وهب) وقد كان ابن مسعود يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان . قال ابن وهب : وقد ذكر إسماعيل ابن عباس عن إسماعيل بن أمية عن عبد الملك ابن عبيدة عن ابن لعبد الله بن مسعود حدثه عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المبتاع بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك . وقال أشهب : الذى اجتمع عليه أهل العلم من أهل الحجاز أن البيعين إذا أوجبا البيع بينهما فقد لزم ، ولا خيار لواحد منهما ، إلا أن يكون أحدهما اشترط الخيار فيكون ذلك لمشترط الخيار على صاحبه ، وليس العمل على الحديث الذى جاء البيعان بالخيار ما لم يفترقا . قال أشهب ونرى والله أعلم أنه منسوخ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم . ولقوله صلى الله عليه وسلم : إذا اختلف البيعان استحلف البائع ، وقال غيره فلو كان الخيار بينهما لما كلف البائع اليمين ولقال هب الأمر كما قال المبتاع أليس لى ألا أقبل أو أن أفسخ عنى البيع فإذا صادقته على البيع كان لى ألا يلزمنى ، فإذا خالفته فذلك أبعد من أن يلزمنى » .

وجاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٦ وما بعدها) : « أن البيع يقع جائزاً ، ولكل من المتبايعين الخيار فى فسخ البيع ما داما مجتمعين لم يتفرقا ، وهو قول أكثر أهل العلم . يروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبى هريرة وأبى برزة ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبى وعطاء وطاوس والزهرى والأوزاعى وابن أبى ذئب والشافعى وإسحق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال مالك وأصحاب الرأى : يلزم العقد

= ٧٨ ص ٨٢) . وانظر الزيلعى جزء ٤ ص٣ وقد ورد فيه ما يأتى : « وقال أبو يوسف هو التفرق بالأبدان بعد الإيجاب قبل القبول » .

بالإيجاب والقبول ولا خيار لهما ، لأنه روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال البيع صفقة أو خيار ، ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع . ولنا ما روى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أن يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » . متفق عليه . وقال صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » . رواه الأئمة كلهم ، ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم ابن حزام وأبو برزة الأسلمى ، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم . ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبد الله بن عمر وابن جريج والليث بن سعد ويحيى بن سعيد وغيرهم . وهو صريح فى حكم المسألة . وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده . وقال الشافعى رحمه الله لا أدرى هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر . وقال ابن أبى ذئب يستتاب مالك فى تركه لهذا الحديث . فإن قيل المراد بالتفرق ههنا التفرق بالأقوال كما قال الله تعالى : « وما تفرق الذين أوتوا الكتاب » وقال النبى صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة » أى بالأقوال والاعتقادات ، قلنا هذا باطل لوجوه . منها أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه ، إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد ، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه . الثانى أن هذا يبطل فائدة الحديث ، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد فى إنشائه وإتمامه أو تركه . الثالث أنه قال فى الحديث : إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ، فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما ، وقال : وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع . الرابع أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله ، فإنه كان إذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع ، وتفسير أبى برزة له بقوله على مثل قولنا ؛ وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه . وقول عمر البيع صفقة أو خيار معناه أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه ، فإنه قد روى عنه أبو إسحق الجورجانى مثل مذهبنا ، ولو أراد ما قالوه لم يجز أن يعارض به قول النبى صلى الله عليه وسلم ، فلا حجة فى قول أحد مع قول رسول الله

صلى الله عليه وسلم ، وقد كان عمر إذا بلغه قول النبى صلى الله عليه وسلم رجع عن قوله فكيف يعارض قوله بقوله ! على أن قول عمر ليس بحجة إذاخالفه بعض الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما . ولا يصح قياس البيع على النكاح ؛ لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ، ولأن فى ثبوت الخيار مضرة من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية . والحكم فى هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ووهاء ما ذكره المخالف فى مقابلته والله أعلم[1] » .

ويستخلص من هذه النصوص التى قدمناها أن أنصار الخيار — الشافعى وأحمد — يحتجون على خصومه — أبى حنيفة ومالك — بحديث النبى صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً » . وفى رواية أخرى « ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » هذه هى الحجة الكبرى التى يستند إليها مذهب الخيار . ويُروى الحديث بمختلف الأسانيد وعلى مختلف الصور ، وينكر على مالك ، وهو أحد رواته ، ألا يعمل به . والحديث ، فى مذهب أهل الخيار ، صريح فى أن المتعاقدين ، بعد تمام العقد واقتران القبول بالإيجاب ، يكون لكل منهما حق الرجوع إلى أن يتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد فينفض المجلس ويلزم العقد ، ما لم يلزم قبل ذلك بالتخاير قبل التفرق ، أو ما لم يبق غير لازم بعد

---

(١) وقال الشعرانى فى الميزان (جزء ٢ ص ٧٣) ، مقارناً بين مذهب الخيار ومذهب عدم الخيار ، جاعلا على طريقته المذهب الأول محمولا على حال الأصاغر والمذهب الثانى محمولا على حال الأكابر : « ومن ذلك قول الشافعى وأحمد إنه إذا انعقد البيع يثبت لكل من المتبايعين خيار المجلس ما لم يتفرقا أو يختارا لزوم البيع ، فإن اختار أحدهما اللزوم بقى الخيار للآخر حتى يفارق المجلس أو يختار اللزوم ، مع قول أبى حنيفة ومالك إنه لا يثبت للمتباعين خيار المجلس . فالأول مخفف ، والثانى مشدد ، فرجع الأمر إلى مرتبتى الميزان. وجه الأول حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما اخترت يعنى اللزوم . ووجه الثانى لزوم البيع بمجرد تمام لفظ البيع والشراء ولا يحتاج إلى خيار مجلس . ويصح حمل الأول على حال الأصاغر الذين يود كل واحد منهم الحظ الأوفر لنفسه ، فرحمهما الشارع بجعل خيار المجلس لهما لقصور نظرهما وترددهما فى لزوم البيع . كما يصح حمل الثانى على حال الأكابر الذين يود كل واحد منهم الحظ الأوفر لأخيه ، ومثل هذين لا يحتاجان إلى خيار المجلس لعدم توقع حصول ندم منهما إذا ظهر الحظ الأوفر لأخيه ، بل يفرح أحدهما بذلك ، فافهم » .

ذلك بقيام خيار الشرط بعد التفرق . ويهاجم خصوم الخيار حجة أنصاره عن طريق تأويل الحديث وعن طريق القول بنسخه . أما التأويل فيقولون إن المقصود بلفظ « البيعين » المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما ، والمتعاقدان متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ، فيكون كل منهما بالخيار قبل تمام البيع ، الموجب بالخيار فى الرجوع عن إيجابه ، وهذا هو خيار الرجوع ، والمتعاقد الآخر بالخيار فى القبول ، وهذا هو خيار القبول .

فإذا تفرق المتعاقدان بالأقوال — لا بالأبدان — بأن اختلفا على العقد وقال الآخر بعد الإيجاب لا أشترى أو رجع الموجب قبل القبول ، انقطع خيار كل منهما ، فلايعود الموجب فى حاجة إلى خيار الرجوع لأن إيجابه قد سقط بمخالفة المتعاقد الآخر ، ولا يعود للمتعاقد الآخر خيار القبول بعد أن اختار عدم القبول . ويرد أصحاب الخيار على هذا التأويل بأن اللفظ لا يحتمله ، فالبيعان هما المتعاقدان بعد تمام البيع ، وليس بينهما تفرق بلفظ بل بينهما اتفاق على الثمن والمبيع وقد تم البيع باتفاقهما ، فلم يبق إلا أن يكون لهما الخيار بعد تمام البيع وقبل التفرق بالأبدان. على أنه إذا قصد بالبيعين المتشاغلان بالبيع قبل تمامه لم تكن للحديث فائدة ، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد فى إتمامه أو تركه ، ففيم الحاجة لحديث فى هذا الحكم البديهى ! ثم إن الحديث فى بعض رواياته صريح فى أن الخيار إنما يكون بعد تمام البيع ، وعلى هذا الوجه فسره من الصحابة من رواه . ويعمد من ينكرون الخيار ، إذا لم يسلم لهم تأويل الحديث على النحو الذى قالوا به ، إلى القول بنسخ الحديث . ويعارضونه بأحاديث أخرى ، منها قوله صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم ، ومنها قوله عليه السلام : إذا اختلف البيعان استحلف البائع ، فلو كان الخيار بينهما لما كلف البائع اليمين ، ومنها قول عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار . أما قول عمر فيفسره أصحاب الخيار بأن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه ، على أن قول عمر لا ينسخ قول النبى صلى الله عليه وسلم ، بل هو فى ذاته بفرض ألا حديث يعارضه ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة وقد خالف عمر ابنه وأبو برزة وغيرهما . ويسهل بعد ذلك على أصحاب الخيار أن يدحضوا نسخ الحديث بحديث آخر — المسلمون

على شروطهم ، أو إذا اختلف البيعان استحلف البائع ــ بأن المقصود بالشرط أو بالبيع فى الحديث الآخر هو العقد الذى تم لازماً بانقطاع خياراته ومنها خيار المجلس . كما سهل عليهم أن يبطلوا قياس البيع على النكاح ، لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ، ولأن فى ثبوت الخيار فيه مضرة من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية .

أما الحجة الكبرى التى يستند إليها من يقول بعدم الخيار فهى ما فى القول به من شذوذ وإهدار لحرمة العقد . ذلك أن من يقولون بالخيار لا يريدون أن يقفوا عند المرحلة السابقة لتمام العقد ، ولا يقتصرون فى إعطاء الموجب حق الرجوع على أن يكون رجوعه قبل صدور القبول ، ولا فى إعطاء المتعاقد الآخر حق القبول أو الرفض. بل هم يسيرون إلى مدى أبعد من ذلك بكثير ، فيجعلون للموجب حق الرجوع حتى بعد صدور القبول ، ويجعلون للمتعاقد الآخر حق الرجوع حتى بعد أن يقبل . فالمسألة إذن ، فى نظر من يقول بعدم الخيار ، هى : هل يجوز بعد أن يتم العقد باقتران القبول بالإيجاب ، وقد خلا من خيار الشرط وخيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية ولم يكن من العقود التى يجوز الرجوع فيها كالوكالة ، أن يستقل أحد المتعاقدين بفسخه دون رضاء الآخر ولو فى خلال فترة قصيرة من الزمن ! هذا ما لا يستطيع القائلون بعدم الخيار أن يسلموا به . إذ التسليم بذلك فيه إبطال لحق المتعاقد الآخر ، بل فيه إهدار لحرمة العقد ، وقد جاء الكتاب صريحاً فى وجوب المحافظة على هذه الحرمة . قال الله تعالى: «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» ، وهذا عقد قبل التخيير . وقال الله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »، وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير. وقال الله تعالى«وأشهدوا إذا تبايعتم» ، أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول . فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص .

ترجيح المذهب الذى لا يأخذ بخيار المجلس : وعندنا أن حجة المذهب الذى

لا يأخذ بخيار المجلس هي الراجحة ، ومما يؤكد رجحان هذا المذهب الاعتبارات الآتية :

(أولا) القول بخيار المجلس يقتضي تعليق مصير العقد إلى حين انفضاض المجلس . ولما كان وقت انفضاض العقد غير منضبط ، فهو متوقف على التفرق ، وقد رأينا ما جاء في التفرق من خلافات خطيرة كالتفرق بالإكراه والتفرق بالموت ونحو ذلك مما بسطناه تفصيلا فيما تقدم ، فإن وقت إبرام العقد والبتات فيه يصبح غير منضبط ، وفي هذا من الإخلال باستقرار التعامل ما لا يخفى .

(ثانياً) القول بخيار المجلس يزعزع من قوة العقد الملزمة . وماذا وراء توافق الإرادتين واقتران القبول بالإيجاب من شيء حتى يكون العقد قبله عارياً عن الإلزام ! وإذا أريد بخيار المجلس في مذهب الشافعي إعطاء المتعاقدين فرصة للتدبر بعد اشتراط الفور في القبول ، فقد كان الأولى أن تكون هذه الفرصة قبل تمام العقد لا بعده ، وذلك بالتراخي في القبول وعدم اشتراط الفور فيه . بل الأولى ، حتى مع اشتراط الفور في القبول ، ألا يكون هناك خيار المجلس احتفاظاً بحرمة العقد . ويسع المتعاقدين في هذه الحالة ألا يبرما التعاقد إلا بعد المساومة وإفساح المجال للتدبر والتروي ، وتكون مرحلة المساومة هذه مرحلة تسبق مرحلة إبرام العقد . فإذا انتهى المتعاقدان من المساومة ، واستقر رأيهما على التعاقد ، عند ذلك يبرمان العقد بإيجاب يتلوه القبول فوراً وإذا قيل إن في هذا ضرباً من الشكلية ، فهي شكلية مهذبة ، وهي على كل حال خير من إهدار حرمة العقد باستقلال أحد المتعاقدين بفسخه بعد تمامه عن طريق خيار المجلس . هذا إلى أن القول بخيار المجلس يجعل هناك في الواقع مجلسين لا مجلساً واحداً ، مجلس العقد ومجلس الخيار ، وقد تقدم بيان ذلك .

(ثالثاً) أما حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي يحتج به من يقول بخيار المجلس فقد كثرت الروايات فيه ، ونقف منها عند روايتين سبق أن اخترناهما عند استخلاص حجج هذا المذهب : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً» ، وفي رواية أخرى : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه

اختر[1] » . وتأويل هذا الحديث فى نظرنا ميسور لا مشقة فيه . ولكننا لا نؤوله على أنه يقرر خيار الرجوع وخيار القبول ، فيجعل تفرق المتعاقدين تفرقاً بالأقوال لا تفرقاً بالأبدان . بل إن التأويل الذى يتبادر إلى الذهن هو أن النبى صلى الله عليه وسلم لا يقصد أن يقرر للموجب خيار الرجوع فى ذاته وللمتعاقد الآخر خيار القبول فى ذاته ، ولكن قصد أن يحدد الوقت الذى ينقطع فيه كل من خيار الرجوع وخيار القبول . وهذا الوقت هو وقت تفرق المتعاقدين بالأبدان لا بالأقوال ، إذ مجلس العقد ينفض ضرورة عند ذلك — وإن كان ينفض أيضاً بالإعراض عن التعاقد — فينقطع بانفضاضه خيار القبول ما دام القبول لم يصدر ، ويمتنع خيار الرجوع ما دام الإيجاب قد سقط[2] . وعلى هذا التأويل لا يكون الحديث مقرراً لخيار المجلس ، بل يكون كما قدمنا محدداً للوقت الذى ينقطع فيه خيار القبول وخيار الرجوع[3] .

---

(١) وتعددت روايات هذا الحديث كما رأينا . فمن ذلك : « البيعان بالخيار كل واحد منهما على صاحبه ما لم يفترقا ، إلا بيع الخيار » . ومن ذلك أيضا : « البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » . ومن ذلك أيضا : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحداهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » . وأبسط رواية لهذا الحديث هى : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » .

(٢) ويؤيد هذا التأويل ما جاء فى مختصر الطحاوى (ص ٧٤ — ص ٧٥) : « وإذا تعاقد الرجلان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما ، فليس لواحد منهما فسخه بعد ذلك ، تفرقا بأبدانهما عن موطن البيع أو لم يتفرقا . والخيار الذى جاءت به السنة هو بين قول البائع قد بعتك وبين قول صاحبه قد قبلت منك : للمخاطب بالبيع الرجوع قبل قبول صاحبه عما قال ، وللمخاطب قبول ذلك القول ما لم يفترق هو وصاحبه بأبدانهما ، فإذا افترقا بأبدانهما لم يكن له أن يقبل بعد ذلك . وإنما يجوز له أن يقبل من صاحبه ما لم يكن أخذ فى عمل آخر أو فى كلام آخر ، وما لم يكن صاحبه أخذ فى عمل آخر أو فى كلام آخر قبل ذلك » .

ثم إن هذا التأويل يجعل التفرق بالأبدان لا بالأقوال ، وهذا هو المعنى المتبادر من الحديث . وهو عين ما ورد فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٣) رواية عن أبى يوسف : « وقال أبو يوسف هو التفرق بالأبدان بعد الإيجاب قبل القبول » .

(٣) ويبقى بعد ذلك أن نؤول عبارة : « أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » . والتأويل يكون على الوجه الآتى : بعد صدور الإيجاب ، إذا لم يرد الموجب أن يبقى معلقاً إلى وقت التفرق ، فله أن يستعجل البت ، ويقول لصاحبه : اختر قبول الإيجاب أو رفضه . وعند ذلك يمتنع على الموجب الرجوع فى الإيجاب ، ويتعين على المتعاقد الآخر أن يجيب فوراً بالقبول إذا أراد إمضاء العقد . فإن فعل ، تم =

ومهما يكن من أمر تأويل الحديث . فنحن نواجه مبدأ ضخماً من أهم المبادئ القانونية ، هو قوة العقد الملزمة . ويكسب العقد هذه القوة عند تمامه ، ولا يجوز أن يتأخر فى كسبها عن ذلك الوقت . والقول بغير ذلك فيه إهدار لمبدأ جوهرى من مبادئ القانون ، وإخلال بالثقة المشروعة عند التعامل . بل يجوز لتفادى هذه النتائج تغليب القياس على الأثر . وهذا ما فعل أبو حنيفة إمام أهل الرأى جرياً على مذهبه . بل هذا ما فعل مالك نفسه إمام أهل الحديث ، وقد روى عنه تغليب القياس على السماع كما قال ابن رشد فى بداية المجتهد . ولقد كشف مالك عن ملكة الفقه عندما أبى أن يهدر قوة العقد الملزمة . أبى إهدارها ، ولو تعارض فى ذلك مع ظاهر حديث رواه هو بنفسه ، حتى عابه كثير من أهل العلم على ما جاء فى المغنى ، وحتى قال الشافعى لا أدرى هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر ، وحتى قال ابن أبى ذئب يستتاب مالك فى تركه لهذا الحديث. أما مالك رحمه الله فقد اكتفى بأن يقول فى هذا الحديث : ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه[1] . . .

=العقد . وإن أجاب بالرفض أو سكت ، سقط الإيجاب وانفض المجلس ، فيكون التخيير بمثابة تعجيل لانفضاض المجلس .

ومما يؤيد هذا التأويل ما جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ – ٨٢) : « وحينئذ فيراد بأحدهما فى قوله : أو يقول أحدهما لصاحبه اختر – الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر : أتقبل أو لا . والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع ، بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر ، فكذا فى خيار القبول » .

(١) ولعل موقف مالك من هذا الحديث يؤكد ما قيل عنه من أنه كان يعمل كثيراً بالرأى ، بالرغم مما اشتهر به من أنه إمام أهل الحديث .

ثم لعل موقف من ينكر خيار المجلس من الفقهاء ، معارضين فى ذلك ظاهر الحديث ، يبين فى وضوح أن الفقه الإسلامى – ككل نظام قانونى – كان يسير فى طريقه ، صناعة فقهية مستقلة ، ترعى المصلحة ، وتساير حضارة الزمن ، لا يعوقها فى ذلك حتى ظاهر الحديث . بل نقول حتى ولا ظاهر الكتاب فقد وردت آية المداينة فى كتاب الله الكريم وهى تكاد تكون صريحة فى جعل الكتابة لازمة فى الديون الآجلة ، ومع ذلك خضع الفقه الإسلامى لحضارة زمنه ، فآثر الشهادة على الكتابة . وإذا كان هذا الفقه العظيم قد كشف عن نزعة تقدم إلى الأمام فى نفيه لخيار المجلس برغم ظاهر الحديث ، ثم كشف عن نزعة رجوع إلى الوراء فى إيثاره الشهادة على الكتابة برغم ظاهر الكتاب . فهو فى الحالتين إنما يسارى روح عصره ، ويجارى حضارة زمنه ، وهو فى الحالتين فقه يسير على هدى من أمره ، وفقاً لقواعد مقررة ، ومقتضيات من الحضارة محتومة .

§ ٢ ـ تطابق الإيجاب والقبول

تطابق الإرادتين وعدم تغير المحل :

لا بد لانعقاد العقد من أن تتطابق الإرادتان تطابقاً تامًّا على محل العقد . ولا بد أيضاً ألا يتغير المحل ما بين الإيجاب والقبول .

أولا : تطابق الإرادتين على محل العقد :

صور انعدام التطابق :

لا بد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ويقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٦) فى هذا المعنى : « وأما الذى يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع وبما أوجبه . فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه ، لاينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق» . ثم يضيف إلى الصور المتقدمة من انعدام التوافق صورتين أخريين على النحو الآتى :

« وعلى هذا إذا خاطب البائع رجلين فقال بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين ، فقبل أحدهما دون الآخر ، لا ينعقد ، لأنه أضاف الإيجاب فى العبدين أو عبد واحد إليهما جميعاً ، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للآخر . وكذا لو خاطب المشترى رجلين فقال اشتريت منكما هذا العبد بكذا ، فأوجب أحدهما ، لم ينعقد لما قلنا » (البدائع جـ ٥ ص ١٣٦) .

ونستعرض الآن صور انعدام التطابق الواردة فى النص المتقدم ، على ترتيب اخترناه . ونستعير أمثلتها من صاحب البدائع .

فأول صورة منها أن يقبل المشترى غير ما أوجبه البائع ، كما إذا أوجب البائع البيع فى العبد فقبل المشترى فى الجارية . فى هذه الصورة لا ينعقد العقد لأن الإرادتين لم تتوافقا على محل واحد ، فانعدم الرضاء .

والصورة الثانية أن يقبل المشترى بغير ما أوجبه البائع كما إذا أوجب البائع البيع

بجنس ثمن (دنانير مثلا) فقبل المشترى بجنس آخر (دراهم مثلا) . فى هذه الصورة أيضاً لا ينعقد العقد للسبب ذاته الذى رأيناه فى الصورة الأولى : لم تتوافق الإرادتان على محل واحد — وهو هنا الثمن أما فى الصورة الأولى فهو المبيع — فانعدم الرضاء .

والصورة الثالثة أن يقبل المشترى بعض ما أوجبه البائع ، كما إذا أوجب البائع البيع فى العبدين فقبل المشترى فى أحدهما ، أو أوجب البائع فى كل العبد فقبل المشترى فى نصفه . ويقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٦) فى تعليل عدم انعقاد العقد فى هذه الصورة ما يأتى : « وكذا إذا أوجب فى العبدين فقبل فى أحدهما ، بأن قال بعتُ منك هذين العبدين بألف درهم فقال المشترى قبلت فى هذا العبد وأشار إلى واحد معين ، لا ينعقد ، لأن القبول فى أحدهما تفريق الصفقة على البائع ، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشترى تفريقها قبل التمام ، لأن من عادة التجار ضم الردىء إلى الجيد ترويجاً للردىء بواسطة الجيد فلو ثبت للمشترى ولاية التفريق لقبل فى الجيد دون الردىء فيتضرر به البائع والضرر منفى ، ولأن غرض الترويج لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً فلا يكون راضياً بالقبول فى أحدهما ، ولأن القبول فى أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام من المجلس. وكذا لو أوجب البيع فى كل العبد فقبل المشترى فى نصفه لا ينعقد ، لأن البائع يتضرر بالتفريق لأنه يلزمه عيب الشركة » . فالأسباب التى يسردها صاحب البدائع لعدم انعقاد العقد ، فى صورة ما إذا قبل المشترى بعض ما أوجبه البائع ، ثلاثة : (١) الضرر الذى يلحق البائع من تفرق الصفقة . (٢) انعدام رضاء البائع بتفرق الصفقة . (٣) اعتبار القبول فى بعض الصفقة إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس . ومرد هذه الأسباب جميعاً إلى انعدام الرضاء ، لأن الضرر الذى يلحق البائع من تفرق الصفقة ليس إلا سبباً لانعدام الرضاء . ولأن إعراض المشترى عن الجواب ليس إلا مظهراً لانعدام الرضاء [١] .

---

(١) ويوضح ذلك صاحب فتح القدير . فقد جاء فى الهداية (فتح القدير جـ٥ ص ٧٧—ص٨٢) : و « ليس له أن يقبل فى بعض البيع ولا أن يقبل المشترى بعض الثمن ، لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى . » وجاء فى فتح القدير (٥ ص ٧٧ — ص ٨٢) تعليقاً على ماتقدم : « قوله : وليس له أن يقبل فى بعض المبيع يعنى إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون . فإن كان مما لاينقسم =

والصورة الرابعة أن يقبل المشترى ببعض ما أوجبه البائع ، كما إذا أوجب البائع فى شىء بألف فقبل المشترى فيه بخمسمائة . فى هذه الصورة لا ينعقد العقد لانعدام الرضاء كما فى الصورة السابقة . لكن انعدام الرضاء هنا لحق الثمن ، وفى الصورة السابقة لحق المبيع . ولا تنطوى هذه الصورة الرابعة على تفرق فى الصفقة ، لأن تفرق الصفقة لا يكون إلا إذا لحق التبعيض المبيع لا الثمن .

والصورة الخامسة أن يخاطب البائع مشتريين فيقبل أحدهما دون الآخر . وفى هذه الصورة لا ينعقد البيع أيضاً لانعدام رضاء البائع ، لأنه أضاف الإيجاب للمشتريين جميعاً ، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للآخر ، وإذا كان البائع قد رضى أن يبيع للإثنين معاً ، فإنه لم يرض أن يبيع لواحد منهما منفرداً . وهنا يتعدد المخاطب بالإيجاب ، ويقبل بعض دون بعض ، فتتفرق الصفقة . ويوضح ذلك صاحب فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٨ — ص ٨٢) على الوجه الآتى : « والحاصل أن عدم صحة القبول فى البعض للزوم تفريق الصفقة ، فوجب أن يعرف بماذا يثبت اتحادها وتفريقها . فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره . فما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من إلزام الشركة . مثاله أن يقول البائع لمشتريين بعتكما هذا بألف ، فقال أحدهما اشتريت دون الآخر ، تعددت ، فلا يلزم ، لأنه لو تم فى النصف لأنه خاطبهما بالكل فكان مخاطباً كلا بالنصف ، فلو لزم صار

= إلا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وإن قبل الآخر . ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها تجاذب . فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضمير « له » راجع إلى أحد المتعاقدين فى قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر . . . وحينئذ يكون أعم من البائع والمشترى . فمعناه فى البائع أنه إذا أوجب المشترى البيع ، بأن قال اشتريت هذه الأثواب أو هذا الثوب بعشرة ، فليس للبائع أن يقبل فى بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة ، لأنه قد يتعلق غرضه بالجملة لسبب حاجته إلى الكل ويعسر عليه تحصيل باقى الأثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته ، فلو ألزمناه البيع فى البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الأمور : وأما فى المشترى فمعناه إذا أوجب البائع البيع فليس للمشترى أن يقبل فى بعضه إذ قد يتضرر بتفريق الصفقة ، لأن العادة أن يضم البائعون الجيد إلى الردىء ليروجوه فلو ألزمناه البيع بقى الردىء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك . ومعلوم أن القبول فى البيع يكون ببعض الثمن ، فحذفه المصنف للعلم به . لكن على هذا لا حاجة لقوله : « ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن » لأن ذلك يستفاد من العبارة الأولى بطريق الدلالة ، فلزم كون الضمير للبائع ، ولفظ المشترى بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه ، أى وليس للبائع أن يقبل فى بعض المبيع الذى أوجب فيه المشترى ، ولا أن يقبل المشترى فى بعض المبيع فيما إذا كان الموجب هنا البائع » .

شريكاً للبائع ، فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه » .

والصورة السادسة أن يخاطب المشترى بائعين فيقبل أحدهما دون الآخر . وهنا أيضاً لا ينعقد البيع لانعدام رضاء المشترى لأنه أضاف الإيجاب للبائعين جميعاً ، فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للآخر ، وإذا كان المشترى قد رضى أن يشترى من الاثنين معاً ، فإنه لم يرض أن يشترى من واحد منهما منفرداً . وفى هذه الصورة السابقة ، تفرقت الصفقة .

حكم انعدام التطابق :

وعند انعدام التطابق فى أية صورة من صوره المختلفة التى قدمناها ، يعتبر القبول ، الذى لم يوافق الإيجاب ، إيجاباً مبتدأ موجهاً للموجب من المتعاقد الآخر . فإذا قبله الموجب فى مجلس العقد ، وكان قبوله مطابقاً لهذا الإيجاب المبتدأ ، انعقد العقد .

وتطبيق هذه القاعدة واضح فى الصورتين الآتيتين :

١ — صورة ما إذا قبل المشترى غير ما أوجبه البائع ، فأوجب البائع فى العبد وقبل المشترى فى الجارية . وواضح هنا أن قبول المشترى فى الجارية يعد إيجاباً مبتدأ ، إذا قبله البائع فى مجلس العقد ، وكان هناك اتفاق على الثمن ، انعقد العقد فى الجارية لا فى العبد .

٢ — صورة ما إذا قبل المشترى بغير ما أوجبه البائع ، فأوجب البائع بالدنانير وقبل المشترى بالدراهم ، وواضح هنا أيضاً أن قبول المشترى بالدراهم يعد إيجاباً مبتدأ ، إذا قبله البائع فى مجلس العقد ، تم العقد بالدراهم لا بالدنانير .

تبقى الصور الأخرى وهى : (١) صور تفرق الصفقة (٢) وصورة قبول المشترى المبيع ببعض الثمن . وفى كل منها تفصيل . أما صور تفرق الصفقة فقد ورد فى شأنها فى البدائع (جزء ٥ ص ١٣٦) ما يأتى : « ثم إذا قبل المشترى بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع فى المجلس فينظر : إن كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن جاز ، وإلا فلا . بيانه إذا قال بعت منك هذين الكرين بعشرين درهماً ، فقبل المشترى فى أحدهما ، وأوجب البائع ، جاز ،

لأن الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء فيما له مثل ، فكان بيع الكرين بعشرين بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين . وكذلك إذا قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم ، فقبل المشترى فى أحدهما وبيّن ثمنه ، فقال البائع بعت ، يجوز . فأما إذا لم يبين ثمنه ، لا يجوز وإن ابتدأ البائع الإيجاب [1] . بخلاف مسألة الكرين وسائر الأشياء المتماثلة ، لما ذكرنا أن الثمن فى المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء ، فكانت حصة كل واحد معلومة ، وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لانعدام تماثل الأجزاء ، وإذا لم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة ، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع . هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم ، فأما إذا بيّن بأن قال بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة ، فقبل المشترى فى أحدهما دون الآخر ، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشترى ، بل البائع هو الذى فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة ، وعلم أنه لا ضرر له فيه ، ولو كان فهو ضرر مرضى به وأنه غير مدفوع » . ويستخلص من هذا النص أن المبيع إذا كان مثلياً تفرق الثمن على آحاده ؛ فكان ثمن الحصة التى انعقد فيها البيع معلوماً ، فصح العقد . أما إذا كان المبيع غير مثلى أو كان مثلياً وقيمياً ، وجب تعيين ثمن الحصة التى انعقد فيها البيع ، ويكون التعيين إما بأن يبين البائع حصة كل واحد من المبيعات عند الإيجاب الأول ، وعند ذلك لا حاجة إلى قبول جديد فالبائع هو الذى فرق الصفقة عند الإيجاب ، وإما بأن يبين المشترى عند الإيجاب المبتدأ ثمن الحصة التى قبل شراءها ؛ فيصح البيع بقبول جديد من البائع ؛ فإذا لم يتعين ثمن الحصة بأحد هذين الطريقين ، كان الثمن مجهولا ولم يصح البيع [2] . وغنى عن البيان أن هذا الحكم نفسه هو حكم تفرق الصفقة فى الصورتين

---

(١) والظاهر أن النص ، فى قبول المشترى لبعض المبيع ورضاء البائع بذلك ، يجعل رضاء البائع هو الإيجاب المبتدأ . ونحن نجعل قبول المشترى لبعض المبيع إيجاباً مبتدأ لأنه لا يصلح قبولا لعدم موافقته للإيجاب الأول ، ونجعل رضاء البائع هو القبول لهذا الإيجاب المبتدأ .

(٢) وإذا بين البائع حصة كل واحد من المبيعات عند الإيجاب ، فهناك رأى يذهب إلى أن هذا كاف فى اعتبار أن البائع قد رضى بتفريق الصفقة . على أن هناك رأياً آخر يذهب إلى أن هذا لا يكفى ، بل يجب أيضاً تكرار لفظ البيع . ولكن الرأى الأول الذى يذهب إلى الاكتفاء بمجرد تفريق =

الأخرين عندما يتعدد المخاطب بالإيجاب[1] .

=الثمن هو الأوجه . وقد جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص٧٨ – ص٨٢) فى هذا الصدد ما يأتى : « فلو كان بين ثمن كل منهما ، فلا يخلو إما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره . ففيما إذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان ، فإذا قبل فى أحدهما يصح ، مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف ، أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف ، كذا فى موضع ، وفى موضع أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بألف وهذا بألفين . وفيما إذا لم يكرره ، مثل بعتك هذا بمائة وهذا بمائة ، فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم ، وقال آخرون صفقة واحدة وإن مراد صاحب الهداية إذا كرر لفظ البيع . والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن ، لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منهما أيهما شاء وإلا فلو كان غرضه ألا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما » .

(١) وننقل نصوصاً من بعض المذاهب فى حكم تفرق الصفقة . جاء فى الوجيز (جزء ١ ص ١٤٠ – ص ١٤١) : « ومهما باع الرجل ملك نفسه وملك غيره ففى صحة بيعه فى ملكه قولان . ولو كان ما يطل البيع فيه حراً أو خمراً أو خنزيراً أو ما لا قيمة له . فقولان مرتبان وأولى بالبطلان . والبطلان علتان : إحداهما أن الصيغة متحدة فإذا فسدت فى بعض المقتضيات لم تقبل التجزى ، والأخرى أن الثمن فيما يصح يصير مجهولا . وعلى هذه العلة لا يمتنع تفريق الصفقة فى الرهن والهبة إذ لا عوض فيهما ، ولا فى النكاح فإنه لا يفسد بالجهل فى العوض . ولو اشترى عبدين وانفسخ العقد فى أحدهما بالتلف قبل القبض أو بسبب يوجب الفسخ ، ففى الانفساخ فى الباقى قولان : تفريق الصفقة وأولى بألا ينفسخ فى الباقى . والأصح أن الفساد مقصور على الفاسد إلا إذا صار ثمن ما يصح العقد عليه مجهولا ، حتى لو باع عبداً له نصفه صح فى نصيبه إذ حصته نصف الثمن . وكذا بيع حملة الثمار وفيها عشر الصدقة ، بخلاف ما لو باع أربعين شاة وفيها الزكاة إذ حصة الباقى مجهولة . ثم مهما قضينا بالصحة فللمشترى الخيار إذا لم يسلم له جميع ما اشتراه ، ويأخذ الباقى إن أجاز بقسطه من الثمن على أصح القولين لا بكل الثمن . وأصح القولين أنه لو جمع بين عقدين مختلفين فى صفقة واحدة ، كالإجارة والسلم أو الإجارة والبيع أو النكاح والبيع ، مثل أن يقول زوجتك جاريتى وبعتك عبدى بدينار ، فالعقد صحيح وإن اختلفت فى الدوام أحكامهما . وتتعدد الصفقة بتعدد البائع وبتفصيل الثمن ، مثل أن يقول بعت هذا بدرهم وهذا بدينار . وهل تتعدد بتعدد المشترى ؟ فيه قولان . وإذا جرى العقد بوكالة ، فالأصح أن الاعتماد على الموكل فى تعدده واتحاده » .

انظر أيضا الأشباه للسيوطى ص ٧٦ وما بعدها .

وجاء فى النيل (جزء ٢ ص ١١) : « وإن باع شيئاً بكذا فقبل مشتريه بعضه ، أو باع اثنان لواحد فقبل نصيب أحدهما ، فهل جاز البيع أو لا ؟ قولان . ثم هل يدرك الشريك شفعة ذلك النصيب إن كان أهلا أو أبطل حقه حين باع ولم يقبل ؟ فيه تردد والأول أظهر . ومن باع لاثنين فقبل أحدهما شارك البائع ومنع قبوله وحده . . . وإن بيع واحد بصفقات جمعت بقبول ، جاز على المختار ويتم .

وجاء فى المنتزع المختار (جزء ٣ ص ٤) : « الشرط الثالث أن يكون الإيجاب والقبول متطابقين ، أى يتناول القبول كل ما تناوله الإيجاب ، لا ينتقص عنه ولا يزيد . فلو قال بعتك هذين العبدين بألفين أو كل واحد بألف ، فقبل أحدهما بألف ، لم يصح البيع . وكذا لو كان المشترى اثنين ، فقبل أحدهما =

وأما صورة قبول المشترى المبيع ببعض الثمن ، كما إذا أوجب البائع بألف فقبل المشترى بخمسمائة ، فقد قدمنا أن البيع لا ينعقد لانعدام الرضاء . ولكن يجوز اعتبار قبول المشترى بخمسمائة إيجاباً مبتدأ ، على النحو الذى أسلفناه ، فإذا قبله البائع فى مجلس العقد ، تم العقد بخمسمائة لا بألف . وفى هذا الصدد يصور الفقهاء فروضاً نادرة الحصول ، فيعكسون الصورة التى نحن فيها ويفرضون أن المشترى قبل المبيع بأكثر من الثمن الذى عينه البائع ، أو أن البائع قبل أن يبيع بأقل من الثمن الذى عينه المشترى ، ويقولون إن البيع ينعقد فى هاتين الحالتين بالثمن الأقل ، إلا إذا قبل البائع الزيادة فى الحالة الأولى . جاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٢٧) : « ولو قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم ، فقال المشترى اشتريت منك بألفى درهم ، ذكر فى النوادر أنه ينعقد البيع بألف ، والألف الأخرى زيادة فى الثمن إن قبلها البائع صح . وكذلك لو ابتدأ المشترى فقال اشتريت منك هذا العبد بألفى درهم ، فقال البائع بعته بألف درهم ، كان ذلك حطًّا لأحد الألفين » . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٧) : « ولو قال لآخر بعت منك عبدى هذا بألف درهم ، وقال المشترى اشتريت بألفى درهم ، فالبيع جائز ، فإن قبل الزيادة فى المجلس فالبيع بألفى درهم ، وإن لم يقبل صح بألف . ولو قال اشتريت هذا العبد بألفين ، فقال البائع بعت منك بألف ، جاز البيع بألف ، كذا فى الخلاصة . ولو قال بعتكه بألف بعتكه بألفين ، فقال قبلت الأول بألف ، لم يجز . فإن قال قبلت البيعين جميعاً بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الأخير بثلاثة آلاف ، يعنى يكون البيع بألفين ، والألف زيادة إن شاء قبلها فى المجلس وإن شاء ردها[1] » .

ويلاحظ فى الفرض الأخير الذى ورد فى الفتاوى الهندية — قال بعتكه بألف

= أحد العبدين بألف أو قبل أحدهما الكل والبائع باع منهما جميعاً ، لم يصح البيع لأنهما غير متطابقين . فأما لو قال بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف ، فقال المشترى اشتريت هذا بألف ، فإنه يصح ، لأن الإيجاب والقبول فى هذه الصورة متطابقان من حيث كانا عقدين قبل أحدهما الآخر ، وكذا يصح لو قال البائع بعت منك العبدين كل واحد بألف ، فقال المشترى قبلت هذا بألف وهذا بألف . وهكذا إذا كان البائع شخصين لشيئين أو لشىء واحد ، فقبل المشترى بيع أحد الشخصين دون بيع الآخر ، صح العقد لأن الإيجاب والقبول قد تطابقا » .

(١) انظر المجلة م ١٧٨ — وهذه الفروض النادرة نراها أيضاً فى كتاب الالتزامات للفقيه الفرنسى پوتييه ، وهو أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم .

بعتكه بألفين — أنه كرر الإيجاب — ففسخ الإيجابُ الثانى (بعتكه بألفين) الإيجابَ الأول (بعتكه بألف) ، فسقط الإيجاب الأول وقام الإيجاب الثانى ، فإذا قبل المتعاقد الآخر الإيجاب الأول بألف صادف القبول إيجاباً ساقطاً فلا ينعقد العقد ، ووجب أن ينصب القبول على الإيجاب الثانى بألفين وهو الإيجاب القائم . وقد ورد فى هذا الحكم نص فى القانون المدنى العراقى ، إذ تقول المادة ٨٣ من هذا القانون : « تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ، ويعتبر فيه الإيجاب الثانى » .

مطابقة القبول للإيجاب فى الفقه الغربى :

وهذه الفروض والأحكام التى بسطناها فى الفقه الإسلامى لا يوجد ما يمنع من التسليم بها فى الفقه الغربى . وقد لخصتها المادة ٩٦ من القانون المدنى المصرى فى العبارات الآتية : «إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » . وجاء فى شرح هذا النص فى الوسيط (ص ٢١٩ — ص ٢٢٠) ما يأتى :

« فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذى قدمناه أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة . أو نقصاً أو تعديلا ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً ، وقبل المشترى أن يدفع الألف على أن يزيد البائع فى المبيع ، أو قبل أن يدفع فى المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشترى » .

ثانياً : عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول :

وحتى يتم العقد يجب ألا تتغير حال المبيع وقت القبول عما كانت عليه وقت الإيجاب . فلو باع عصيراً ، فسكت المشترى حتى تخمر ثم تخلل ، ثم قبل ، لم ينعقد العقد . ذلك أن الإيجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير ، والمبيع قبل تمام العقد قد أصبح خلاً ، فلا يتم العقد فى الخل لأنه لم يكن محل التراضى ، ولا فى العصير لأنه غير موجود .

وقد جاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٣١) فى هذا المعنى ما يأتى : « وكذا لو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب وأخذ البائع أرشها ، أو ولدت الجارية ، أو تخمر العصير ثم صار خلاً ، لا يصح قبول المشترى » .

وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « ولا بد من كون القبول قبل تغير المبيع ، كذا فى البحر الرائق . فلو باع عصيراً ، فلم يقبل المشترى حتى تخمر ثم تخلل ، ثم قبل المشترى ، لم يجز . وكذا لو ولدت الجارية ، ثم قبل المشترى . وكذلك لو باع عبدين ، فلم يقبل المشترى حتى قتل أحدهما فقبض البائع الدية ، ثم قبل المشترى ، هكذا فى التتارخانية » . (انظر أيضاً ابن عابدين ٤ ص ٢٩) .

ويمكن قبول هذا الحكم فى الفقه الغربى لأنه لا يخالف أصوله ، وإن لم يكن موضع ذكر خاص فى هذا الفقه .

المطلب الثانى
التعاقد بين الغائبين

خصائص هذا التعاقد :

التعاقد بين الغائبين ، كالتعاقد بين الحاضرين ، يجب أن يتم فى مجلس العقد . وللموجب فيه خيار الرجوع فى إيجابه ، وللمتعاقد الآخر خيار القبول . ويجب فيه مطابقة القبول للإيجاب على النحو الذى فصلناه فى التعاقد بين الحاضرين .

إلا أن التعاقد بين الغائبين له خصائص يتميز بها عن التعاقد بين الحاضرين . وهى تتعلق :

أولا : بمجلس العقد .

ثانياً : بوقت تمام العقد .

ثالثاً : بخيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس .

فنستعرض هذه المسائل الثلاث [1] .

---

(١) أما التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مماثل ، فيعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان . فتراعى أحكام كل نوع فى مناسبته . وقد نصت المادة ٨٨ من القانون المدنى العراقى فى هذا الصدد على ما يأتى : « يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان » . قارن المادة ١٨٥ من القانون اللبنانى .

مجلس العقد فى التعاقد بين الغائبين :

قدمنا عند الكلام فى التعبير عن الإرادة بالرسالة وبالكتابة[1] أن الأصل فى الإيجاب والقبول أن يقترن أحدهما بالآخر فى مجلس واحد . فإذا أوجب أحد المتعاقدين فى غياب المتعاقد الآخر ، لم يتوقف شطر العقد على الشطر الآخر إلا فى المجلس بحيث لو قبل عن المتعاقد الآخر قابل فى المجلس انعقد العقد وتوقف على إجازة المتعاقد الآخر ، ولا يتوقف شطر العقد على الشطر الآخر فيما وراء المجلس إلا إذا كان التعاقد بالرسالة أو بالكتابة ، ويكون مجلس العقد فى هذه الحالة هو محل أداء الرسالة أو بلوغ الكتاب . وقد جاء فى الهداية (فتح القدير ص ٧٨ — ص ٨٢) . « والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة » .

ومن ثم نرى أن مجلس العقد فى التعاقد بين الغائبين غير مجلسه فى التعاقد بين الحاضرين . فالمجلس الثانى هو محل صدور الإيجاب ، أما المجلس الأول فهو محل بلوغ الإيجاب المتعاقد الآخر ، أى محل أداء الرسالة أو بلوغ الكتاب ، وهذا الفرق اقتضته طبيعة التعاقد بين الغائبين ، فالمتعاقد الآخر غائب عن المجلس الذى صدر فيه الإيجاب ، فلا بد من بلوغ الإيجاب إليه ، وفى محل بلوغه يكون مجلس العقد .

وقد رأينا أن صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨) يفسر ذلك تفسيراً معقولا فيقول : « أما الرسالة فهى أن يرسل رسولا إلى رجل ، ويقول للرسول إنى بعت عبدى بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشترى فى مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع ، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه ، فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر فى المجلس . أما الكتابة فهى أن يكتب الرجل إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدى فلاناً منك بكذا ، فبلغه الكتاب فقال فى مجلسه اشتريت ، لأن خطاب الغائب كتابه ، فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر فى المجلس » .

ورأينا فى التعاقد بالرسالة أنه إذا نقل الرسول الإيجاب للمتعاقد الآخر ، وقبل

---

(١) انظر الكراسة الأولى ص ١٠٠ — ص ١٠٦ .

هذا فى مجلس أداء الرسالة — وهو مجلس العقد فى هذه الحالة — انعقد العقد ، لأن الرسول كما تقدم القول ناقل ، فلما قبل العاقد الآخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً . أما لو بلغ أحد الإيجاب بغير أمر الموجب فقبل العاقد الآخر ، لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولا بل فضولياً . لكن لو أمر الموجب أحداً بتبليغ إيجابه ، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، فكل تبليغ للإيجاب حتى لو كان من غير المأمور يعتبر تبليغاً برضاه ، فإن قبل المتعاقد الآخر فى مجلس التبليغ انعقد العقد . ونقلنا فى هذا الصدد عن فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٩) ما يأتى :

« والرسالة أن يقول اذهب إلى فلان وقل له إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا ، فجاء فأخبره ، فأجاب فى مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال بعت عبدى فلاناً من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره ، فذهب فأخبره فقبل ، وهذا لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً ، فلو بلغه بغير أمره فقبل ، لم يجز ، لأنه ليس رسولا بل فضولياً . ولو كان قال بلغه يا فلان ، فبلغه غيره فقبل ، جاز » . ويقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤ — ص ١٥) : « . . . وجه الجواز ما نقل عن المحيط أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ برضاه. فإن قبل صح البيع[1] » .

وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) : « وإذا قال بعت هذا من فلان الغائب بكذا ، فبلغه الخبر فقبل ، لا يصح . ولو قبل عنه إنسان فى المجلس توقف على إجازته ، كذا فى السروجية . ولو قال بعته منه فبلغه يا فلان ، فبلغه رجل آخر ، جاز ، كذا فى المحيط » . ويبدو من النصوص المتقدمة أن هناك فرقاً بين ما إذا كان الموجب لم يأمر أحداً بتبليغ إيجابه وبين ما إذا كان قد أمر رسولا بالتبليغ سواء كان من قام بالتبليغ هو الرسول نفسه أو شخص آخر لم يؤمر بالتبليغ . فنى الحالة الأولى لا يعتبر الإيجاب باتاً لأن الموجب لم يأمر بتبليغه ، فإذا بلغ المتعاقد الآخر عرضاً لم ينعقد العقد . وفى الحالة الثانية يصبح الإيجاب باتاً بمجرد الأمر بالتبليغ — أى بالتصدير — فإذا بلغ المتعاقد الآخر سواء عن طريق الرسول

(١) انظر الكراسة الأولى ص ١٠١ و ص ١٠٢ .

المأمور بالتبليغ أو عن طريق شخص آخر لم يؤمر بذلك ، فإن العقد ينعقد .

ورأينا فى التعاقد بالكتابة أن الكتاب كالخطاب . فلو أرسل المتعاقد إيجابه فى كتاب للمتعاقد الآخر ، وبلغ الكتاب هذا ففهم ما فيه وقال قبلت فى مجلس بلوغ الكتاب ، انعقد[١] .

وقد جاء فى الفتاوى البزازية (جزء ٤ ص ٣٦٦) :

« وكما ينعقد بالخطاب من الحاضر ينعقد بالخطاب من الغائب أيضاً . فإن كتب البائع إلى آخر : بعت عبدى منك بكذا ، وقال عند وصول الكتاب قبلت ، تم . وإن كتب المشترى بعتَ عبدك كذا منى بكذا ، فقال اشتريت ، لا يصح . ولو كتب إليه اشتريت عبدك ، فقال بعت ، تم لوجود الركنين » . ورأينا أيضاً أن الكتابة تختلف عن الرسالة فى أن المتعاقد الآخر إذا لم يجب فى أول مجلس لبلوغ الكتاب ، فالكتاب باق ، بحيث إذا قرئ فى مجلس ثان ، فقبل المتعاقد الآخر ، انعقد العقد . وقد جاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤— ص ١٥) فى هذا الصدد ما يأتى : « وذكر شيخ الإسلام جواهر زادة فى مبسوطه : الكتاب والخطاب سواء إلا فى فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ، ثم أجابت فى مجلس آخر ، فإن النكاح لا يصح . وفى الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود وقد سمعوا كلامها وما فى الكتاب ، يصح النكاح ، لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب ، والكتاب باق فى المجلس الثانى ، فصار بقاء الكتاب فى مجلسه وقد سمعه الشهود ما فيه فى المجلس الثانى بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر . فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطباً لها بالكلام وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثانى ، وإنما سمع الشهود فى المجلس الثانى أحد شطرى العقد . ا هـ . . . وظاهر أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر الهداية ، فتأمل[٢] » .

---

(١) انظر الكراسة الأولى ص ١٠١ .

(٢) انظر الكراسة الأولى ص ١٠١ و ص ١٠٤ — ١٠٥ .

متى يتم العقد فى التعاقد بين الغائبين :

وننتقل بعد ذلك إلى مسألة هامة فى التعاقد بين الغائبين ، هى متى يتم التعاقد بينهما ؟

انقسم الفقه الغربى فى هذه المسألة كما هو معروف ، إلى أربعة آراء : رأى يقول بإعلان القبول (déclaration) من المتعاقد الآخر ، وثان يقول بتصدير القبول (expédition) إلى الموجب وهذا غير تصدير الإيجاب إلى المتعاقد الآخر ، وثالث يقول بوصول القبول (reception) إلى الموجب ، ورابع يقول بعلم الموجب بالقبول (information) .

وقد اختار القانون المدنى المصرى أن يتم العقد بين الغائبين من وقت علم الموجب بالقبول وفى المكان الذى وقع فيه هذا العلم ، على أن يفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول . فنصت المادة ٩٧ من القانون على ما يأتى : « ١ — يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ٢ — ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول » . وكذلك فعل القانون المدنى العراقى ، فنص فى المادة ٨٧ على ما يأتى : « ١ — يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ٢— ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما » . أما القانون المدنى السورى فقد اختار أن يتم العقد بين الغائبين فى المكان والزمان اللذين أعلن فيهما القبول من المتعاقد الآخر . وقد اقتدى فى ذلك بقانون الالتزامات اللبنانى (م ١٨٤) . وهذه هى إحدى المسائل النادرة التى خالف فيها القانون المدنى السورى القانون المدنى المصرى ، « وذلك — كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون السورى — لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضى المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية فى هذا الموضوع بين البلدين لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدى إلى الإضرار بحقوق ذوى العلاقة » . فنصت المادة ٩٨

من القانون المدنى السورى على ما يأتى : « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك » .

أما فى الفقه الإسلامى فلم نعثر على نص صريح فى هذه المسألة يبين متى يتم العقد بين الغائبين ، هل يتم بمجرد إعلان القبول[1] أو لا يتم إلا بعلم الموجب بالقبول[2] ؟ ولكن وردت نصوص فى وجوب سماع المتعاقد الآخر الإيجاب وفى وجوب سماع الموجب للقبول ، والظاهر أن هذه النصوص إنما وردت فى التعاقد ما بين الحاضرين ، فنوردها ثم نبحث هل تنطبق أيضاً على التعاقد ما بين الغائبين . جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٤) : « قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعنى إذا سمع كل كلام الآخر . ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم ، وقد سمعه من فى المجلس ، لا يصدق » . والمفهوم من هذا النص أن البيع لا ينعقد إلا إذا سمع المشترى إيجاب البائع وسمع البائع قبول المشترى . فالبيع لا ينعقد إذن إلا بعلم الموجب بالقبول ، وهو فى المثل الذى نحن بصدده سماع البائع قبول المشترى . وإذا ادعى أنه لم يسمع هذا القبول ، وكذبه الظاهر بأن كان ليس به صمم وقد سمع من فى المجلس قبول المشترى ، فإنه لا يصدق ، ويفترض أنه سمع القبول . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٣) : « ومنها سماع المتعاقدين كلامهما ، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع . فإذا قال المشترى اشتريت ، ولم يسمع البائع كلام المشترى ، لم ينعقد البيع ، هكذا فى الفتاوى الصغرى . فإن سمع أهل المجلس كلام المشترى ، والبائع يقول لم أسمع ولا وقر فى أذنى ، لم يصدق قضاء ، كذا فى البحر الرائق » . وجاء فى الفتاوى البزازية (جزء ٤ ص ٣٦٤) : «وسماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه شرط انعقاد البيع . حتى إذا أوجب أحدهما أو قبل ، ولم يسمع الآخر ، لا يتم البيع بالإجماع . كذا فى النكاح والخلع فى المختار . ولو سمع أهل المجلس ، وزعم أحدهما عدم السماع ، إن لم يكن فى أذنه وقر لا يصدق قضاء » .

---

(١) ويمكن إدخال الرأى الذى يقول بتصدير القبول ضمن هذا الرأى : فالقبول لا يكون باتا بمجرد إعلانه ، بل يجب تصديره حتى يصعب الرجوع فيه .

(٢) وكذلك يمكن إدخال الرأى الذى يقول بوصول القبول ضمن هذا الرأى ؛ فوصول القبول قرينة على العلم به ، وهذا ما جرى عليه القانون المصرى والعراقى فيما قدمناه .

فلا شك إذن فى وجوب سماع الموجب للقبول حتى ينعقد العقد ، وهذا فى التعاقد بين الحاضرين . فهل هو أيضاً واجب فى التعاقد بين الغائبين ؟ يجيب الأستاذ شفيق شحاتة فى رسالته المعروفة (ص ١٤٠) بما يأتى : « وعلى ذلك يمكن القول إن العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل ، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب . ويلاحظ أنه على وجه عام يشترط أن يسمع الطرف الآخر إيجاب الموجب ، ولكن لا يشترط بعد هذا سماع الموجب القبول » . أما تقرير هذا الحكم على وجه عام فيعارضه ما أوردناه من النصوص فى التعاقد بين الحاضرين من وجوب سماع الموجب للقبول . ولكن يبدو أن الحكم يختلف إذا كان التعاقد بين غائبين . فإن النصوص التى أوردناها فى التعاقد بالرسالة وبالكتابة لا تشترط صراحة أن يسمع الموجب القبول ، كما اشترطت ذلك النصوص التى أوردناها فى التعاقد بين الحاضرين . ففى التعاقد بالرسالة يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨) : « أما الرسالة فهى أن يرسل رسولا إلى رجل ، ويقول للرسول إنى بعت عبدى بكذا فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشترى فى مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع » . وفى التعاقد بالكتابة يقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤ — ص ١٥) : « صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى فلاناً منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك اشتريت ، تم البيع بينهما » . ولم تشترط النصوص فى الحالتين ، لتمام البيع ، أن يسمع المشترى قبول البائع . ولو قلنا إنه فى الرسالة يكفى سماع رسول البائع قبول المشترى ، ولو أنه رسول وليس بوكيل ، فكيف نعلل الأمر فى التعاقد بالكتابة ، والمشترى قد اكتفى بالقبول بعد قراءة كتاب البائع ، وليس هناك رسول يسمع هذا القبول ، ومع ذلك فقد تم البيع ؟ الظاهر من النصوص إذن يؤيد رأى الأستاذ شفيق شحاتة فى قوله : « وعلى ذلك يمكن القول إن العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل ، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب » . فيتم العقد بين الغائبين ، إذن ، فى الفقه الإسلامى ، بإعلان القبول ولا يشترط علم الموجب بالقبول . وإذا كان التعاقد بين الحاضرين يشترط فيه سماع الموجب للقبول ، كما تصرح النصوص بذلك ، فكل ما يشترط فى التعاقد بين الغائبين أن يكون الموجب قد أراد تبليغ إيجابه للمتعاقد الآخر كما قدمنا ، حتى

يُعلم بذلك أن إيجابه باتّ ، ولا يشترط أن يسمع هو — أى الموجب — قبول المتعاقد الآخر أو أن يبلغه هذا القبول .

هذا ما نستخلصه من ظاهر النصوص . ولكنا مع ذلك نرى أن الفقهاء لم يواجهوا ، فى وجوب سماع الموجب للقبول ، حالة التعاقد بين الغائبين مواجهة صريحة . وهم لم يواجهوا فى ذلك إلا حالة التعاقد بين الحاضرين . ولو أنهم واجهوا الحالة الأولى كما واجهوا الحالة الثانية ، لما كان بعيداً أن تختلف الآراء فيها . بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقول إن منطق القاعدة التى تقول بوجوب سماع الموجب القبول فى التعاقد بين حاضرين تقتضى القول بوجوب علم الموجب بالقبول فى التعاقد بين غائبين . والسماع فى حالة حضور الموجب يقابله العلم فى حالة غيابه .

خيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس فى التعاقد بين الغائبين :

وننظر الآن هل خيار الرجوع وخيار القبول وخيار المجلس فى التعاقد بين الغائبين مثلها فى التعاقد بين الحاضرين ؟

خيار الرجوع :

أما خيار الموجب فى الرجوع عن إيجابه فقد رأيناه قائماً فى التعاقد بين الحاضرين ، فيجوز للموجب أن يرجع فى الإيجاب ما دام القبول لم يصدر من المتعاقد الآخر . ولكن لما كان سماع المتعاقدين كلامهما هو شرط انعقاد العقد بالإجماع فى التعاقد بين الحاضرين ، فالظاهر أن للموجب أن يرجع فى إيجابه قبل أن يسمع القبول من المتعاقد الآخر ، حتى لو كان هذا القبول قد صدر فعلا . كذلك يجوز للقابل أن يرجع فى قبوله قبل أن يسمعه الموجب . بقى أن نبحث هل الرجوع ذاته يجب أيضاً سماعه ، قياساً على وجوب سماع الإيجاب والقبول ؟ فى هذه المسألة خلاف . فقد ورد فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) ما يأتى : « وللموجب أيًّا كان أن يرجع قبل قبول الآخر ، هكذا فى النهر الفائق . ولا بد من سماع الآخر رجوع الموجب ، كذا فى التتارخانية . وفى اليتيمة

يصح الرجوع وإن لم يعلم به الآخر ، كذا فى البحر الرائق . لو قال البائع بعت منك هذا العبد بكذا ، ثم قال رجعت ، ولم يسمع البائع وقال اشتريت ، ينعقد البيع ، كذا فى الظهيرية » . ويستخلص من هذا النص أن هناك رأياً يذهب إلى وجوب سماع الرجوع ، فلو قبل المتعاقد الآخر قبل أن يسمع رجوع الموجب انعقد العقد ، لأن الرجوع لا ينتج أثره إلا إذا سمعه القابل قبل أن يقبل . وهناك رأى آخر يذهب إلى عدم اشتراط سماع الرجوع ، فلو قبل المتعاقد الآخر بعد رجوع الموجب لم ينعقد العقد حتى لو كان القابل لم يسمع الرجوع إلا بعد أن قبل .

هذا الخلاف قائم فى التعاقد بين الحاضرين ، فهل الأمر كذلك فى التعاقد بين الغائبين ؟ يحسن أن نقرر أولا أنه فى التعاقد بين الغائبين يبدو أن سماع المتعاقد الآخر للإيجاب ضرورى لانعقاد العقد

قال البنا فى حاشيته على شرح الزرقانى على سيدى خليل (جزء ٥ ص ٥ — ص ٦) : « قال البرزلى فى نوازله : رجل قال فى سلعة وقد عرضها من أتانى بعشرة فهى له ، فأتاه رجل بذلك . إن سمع كلامه أو بلغه ، فهو لازم وليس للبائع منعه . وإن لم يسمعه ولا بلغه ، فلا شىء عليه » . ويستخلص من هذا النص ، فى المذهب المالكى ، أن الإيجاب إذا وجه إلى شخص غير معين ، وتعين الشخص بعد ذلك ، وجب أن يكون قد سمع الإيجاب أو بلغه . فإذا كان سماع الإيجاب واجباً فى حالة التوجه إلى شخص غير معين ؛ فهو أوجب إذا توجه الموجب إلى شخص معين . ولم نعثر فى المذاهب الأخرى على رأى معارض .

فإذا كان سماع المتعاقد الآخر للإيجاب ضرورياً فى التعاقد بين الغائبين ، فهل إذا رجع الموجب فى إيجابه يكون سماع المتعاقد الآخر للرجوع ضرورياً كذلك ؟ يقرر صاحب البدائع أولا حق الموجب فى الرجوع عن إيجابه فى التعاقد بين الغائبين ، أى فى التعاقد بالكتابة أو بالرسالة ، فيقول (جزء ٥ ص ١٣٨) : « ولو كتب شطر العقد ثم رجع ، صح رجوعه ، لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه ، فههنا أولى . كذا لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وذا محتمل للرجوع ، فههنا أولى » . ثم يعالج مسألة العلم بالرجوع ، فلا ينظر فى هذا إلى المتعاقد الآخر ،

بل إلى الرسول ، فلا يشترط علمه ، ويفرق فى ذلك بينه وبين الوكيل ، فيقول (جزء ٥ ص ١٣٨) : «وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ، بخلاف ما إذا وكل إنساناً ثم عزله بغير علمه ، لا يصح عزله ، لأن الرسول يحكى كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه ، فكان سفيراً ومعبراً محضاً ، فلم يشترط علم الرسول بذلك ، أما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه ، فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغرير» . وهذا ما يقرره أيضاً الشلبى فى تعليقه على الزيلعى (جزء ٤ ص ٤) : «قوله حتى يعتبر مجلس أدائها أى ويصح رجوعه عن ذلك بعد ما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الآخر ، سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما إذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لاينعزل» . أما صاحب فتح القدير فيواجه المتعاقد الآخر نفسه ، لا الرسول ، فيقرر فى صراحة أنه لا يشترط علمه بالرجوع ، ويقول فى هذا الصدد ما يأتى (جزء ٥ ص ٧٩) : «هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أو لم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع ، بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل ، فإنه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ» . النص إذن صريح فى أن رجوع الموجب عن إيجابه ، فى التعاقد بين الغائبين ، لا يشترط فيه حتى ينتج أثره أن يسمعه المتعاقد الآخر أو أن يبلغه ، حتى لو قبل بعد رجوع الموجب لا يتم العقد ولو لم يعلم بهذا الرجوع .

ومن ذلك نرى أن الفقه الإسلامى ليس فيه نص يقرر بوجه عام أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . بل هو إذا اشترط ، فى التعاقد بين الحاضرين ، علم القابل بالإيجاب وعلم الموجب بالقبول ، وإذا اشترط ، فى التعاقد بين الغائبين ، علم القابل بالإيجاب ، فإنه ، فيما يبدو ، لا يشترط علم الموجب بالقبول إذا كان غائباً ، ولا يشترط أيضاً علم القابل برجوع الموجب إذا كانا غائبين ، وإذا كانا حاضرين فهناك خلاف فى اشتراط هذا العلم.

أما القانون المدنى المصرى فإنه يقرر بوجه عام أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت العلم به ، إذ تنص المادة ٩١ من هذا القانون على ما يأتى : «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول

التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »[١] .

خيار القبول :

أما خيار القبول فى التعاقد ما بين غائبين فلا يختلف عنه فى التعاقد ما بين حاضرين . فللمتعاقد الآخر الذى بلغه الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة خيار القبول ، أى أن يقبل الإيجاب أو أن يرفضه ، وذلك فى مجلس العقد وهو مجلس بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة كما قدمنا . فإذا انفض المجلس سقط الإيجاب ، ولا يصح للمتعاقد الآخر أن يقبل بعد ذلك . على أنه إذا كان الإيجاب بالكتابة ، وقرأ المتعاقد الآخر الكتاب ولم يجب حتى انفض المجلس ، ثم أعاد قراءته فى مجلس آخر وقبل ، تمّ العقد ، لأن الكتاب باقٍ وتكون قراءته فى المجلس الثانى بمثابة ما لو تكرر الإيجاب ، وقد تقدم ذكر ذلك . ويجوز أن يكون القبول بالكتابة إذا كان الإيجاب بالكتابة ، بشرط أن يكتب القبول فى مجلس بلوغ الكتاب بالإيجاب حيث يتم العقد . قال ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤ – ص ١٥) : « قلت ويكون بالكتابة من الجانبين ، فإذا كتب اشتريت عبدك فلاناً بكذا ، فكتب إليه البائع قد بعت ، فهذا بيع كما فى التتارخانية » .

خيار المجلس :

وإذا قبل المتعاقد الآخر فى مجلس بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة ، فليس له بعد ذلك خيار المجلس على القول الذى اخترناه فى التعاقد ما بين الحاضرين ، ولأن الحديث الذى يستند إليه القائلون بخيار المجلس يقتصر على التعاقد ما بين الحاضرين إذ يفترض أنهما لم يتفرقا .

---

(١) وينبنى على ذلك أن القبول ذاته فى القانون المدنى المصرى – وهو تعبير عن الإرادة – لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به ، فيتم العقد بالعلم بالقبول لا بإعلان القبول كما قدمنا . وينبنى على ذلك أيضا أن القبول لا يكون له أثر ، ولا يتم به العقد ، إذا وصل عدول عنه إلى الموجب قبل أن يصله القبول ذاته أو فى الوقت الذى وصل إليه .

أما فى الفقه الإسلامى فلا يتصور العدول عن القبول بعد إعلانه ، مادام العقد بين الغائبين يتم بإعلان القبول دون أن يشترط علم الموجب به كما تقدم القول .

المطلب الثالث

حالات خاصة فى إبرام العقد

حالات ثلاث :

ذكر القانون المدنى المصرى ، وعلى أثره القانون المدنى السورى ، والقانون المدنى العراقى ، حالات خاصة فى إبرام العقد تقتضى مزيداً من النظر .

ونختار من هذه الحالات ثلاثاً ، لنرى حكم الفقه الإسلامى فيها ، وهى :

أولا : عقد المزاد (Contrat aux enchères)

ثانياً : عقد الإذعان (Contrat d'adhésion)

ثالثاً : العربون (Les arrhes)

§ ١ ــ عقد المزاد

نصوص التقنينات المدنية العربية :

تنص المادة ٩٩ من التقنين المدنى المصرى على أنه « لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا » . وتنص المادة ١٠٠ من التقنين المدنى السورى على أنه « لا يتم العقد فى المزايدات بالإحالة القطعية ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا » . وتنص المادة ٨٩ من التقنين المدنى العراقى على أنه « لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزايدة ، ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلا أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد ، هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة فى القوانين الأخرى » . وتنص المادة ٩٩ من التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة على أنه « لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا » .

ونرى من ذلك أن نصوص التقنينات المدنية العربية فى هذه المسألة متماثلة ،

بل هى فى بعض هذه التقنينات متطابقة تطابقاً تاماً[١] . ومن ثم تكون أحكامها جميعاً واحدة .

ويمكن تلخيص هذه الأحكام ، نقلا عن الوسيط[٢] على الوجه الآتى :

« هناك عقود تتم فى بعض الأحيان لا من طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التى تجريها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزاد إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تؤجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضى وعقارات بطريق المزاد » .

« ويعنينا فى العقود التى تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول : فقد يظن أن طرح الصفقة فى المزاد هو الإيجاب والتقدم بالعطاء هو القبول . وليس هذا صحيحاً ، فإن طرح الصفقة فى المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد ، ويكون هو إرساء المزاد على من يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بعطاء إيجاباً لا قبولا . . .

« وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فقضت المادة ٩٩ بما يأتى : لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا . والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد فى الصفقة المطروحة فى المزاد ، كقاض يتقدم بعطاء فى مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع فى اختصاصه . ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء فى الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذى تقدمه » .

---

(١) لم يرد فى تقنين الالتزامات اللبنانى نص على عقد المزاد . ولكن المادة ٤٦٤ من هذا التقنين قضت بأن دعوى العيوب الخفية لا محل لها فى البيوع التى يكون إجراؤها بأمر من القضاء . وهذه البيوع القضائية تقع عادة بطريق المزاد العلنى ، فهذا حكم من أحكام بيع المزاد القضائى ذكره التقنين اللبنانى . وهو بعد متفق مع سائر التقنينات العربية فى بقية الأحكام .

(٢) جزء أول ص ٢٢٦ — ص ٢٢٨ .

ويترتب على ما سقناه من « الوسيط » المبادئ الآتية :

(أولا) : فى بيع المزاد — ولنفرض التعاقد بيعاً — الإيجاب ليس هو طرح الصفقة فى المزاد ، وإنما هو التقدم بعطاء ، والقبول هو إرساء المزاد على متقدم بعطاء . وبإرساء المزاد يتم البيع لمن رسا عليه المزاد ، ولو تقدم بعد ذلك شخص آخر بعطاء أكبر .

ثانياً : من تقدم بعطاء ، اعتبر عطاؤه إيجاباً كما قدمنا . وهو هنا إيجاب ملزم ، لأن ظروف الحال تدل على أن من تقدم بعطاء أراد أن يتقيد به ولا يرجع عنه . ويبقى مقيداً بعطائه إلى أن يسقط هذا العطاء بعطاء أزيد على الوجه الذى قدمناه ، أو حتى تنتهى جلسة المزاد دون أن يرسى عليه المزاد . أما إذا أرسى عليه المزاد فى الجلسة فقد تم البيع على ما ذكرنا .

ثالثا : العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق . فمن تقدم بعطاء يزيد على عطاء سابق يسقط بعطائه هذا العطاء السابق ، ويبقى عطاؤه اللاحق هو العطاء القائم . ويلاحظ أن التقدم بعطاء هو تعبير عن إرادة تتجه لإحداث أثر قانونى ، فهو إذن تصرف قانونى . ولكن العطاء اللاحق إنما يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً ، بل باعتباره واقعة مادية . ومن ثم يسقط العطاء اللاحق العطاء السابق ، حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا ، كعطاء يتقدم به قاض فى بيع عين متنازع عليها ويقع نظر النزاع فى اختصاصه ، أو كان قابلا للإبطال ، كعطاء يصدر من قاصر أو محجور عليه .

رابعاً : لا يتحتم إرساء المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء ، وإن كان هذا هو المفروض ما لم يشترط خلافه . فقد يشترط صاحب السلعة أن من حقه ألا يرسى المزاد حتى على من يتقدم بأكبر عطاء ، لأن هذا العطاء لا يجزيه فى السلعة ، أو لأنه لا يحب التعامل مع صاحب أكبر عطاء ، أو لأى سبب آخر يذكره ، أو لغير ما سبب يبديه . وقد يشترط أن من حقه أن يرسى المزاد على أى شخص يتقدم بعطاء يختاره ، ولو كان عطاؤه لا يزيد على عطاء غيره ، أو يقل عنه ، مع إبداء السبب ، أو دون إبداء سبب ما .

هذه هى خلاصة المبادئ التى يقررها الفقه الغربى الحديث فى عقد المزاد . فلننظر أين يقف الفقه الإسلامى من هذه المبادئ .

الفقه الإسلامى يقر « بيع من يزيد » :

يقر الفقه الإسلامى بيع المزاد ، ويسميه « بيع من يزيد » . جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٣) فى صدد التمييز بين بيع المستام » وهو مكروه « وبيع من يزيد » وهو غير مكروه ما يأتى :

« . . . ومنها (أى من البياعات المكروهة) بيع المستام على سوم أخيه ، وهو أن يساوم الرجلان ، فطلب البائع بسلعته ثمناً ورضى المشترى بذلك الثمن ، فجاء مشتر آخر ودخل على سوم الأول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » ، وروى : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه » . والنهى لمعنى فى غير البيع وهو الإيذاء ، فكان البيع مشروعاً فيجوز شراؤه ولكنه يكره . وهذا إذا جنح البائع للبيع بالثمن الذى طلبه المشترى الأول . فإن كان لم يجنح له فلا بأس للثانى أن يشتريه ، لأن هذا ليس استياماً على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهى ، ولانعدام معنى الإيذاء أيضاً ، بل هو بيع من يزيد ، وأنه ليس بمكروه ، لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحاً وحلساً له ببيع من يزيد ، وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليبيع بيعاً مكروهاً » . وجاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٦٧) : « وكذا السوم إنما يكره فيما إذا جنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذى سماه المشترى : وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرضه ، فلا بأس بغيره أن يشتريه بأزيد ، لأن هذا بيع من يزيد . وقد قال أنس أنه عليه السلام باع قدحاً وحلساً فيمن يزيد ، رواه أحمد والترمذى . ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه » . وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٣٩ — ص ٢٤١) : « ونهى عن السوم . وهو أن يتراضيا بثمن يقع الركون به ، فيجىء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه ، فيبيعه منه لوجاهته . وأما صورة البيع على بيع أخيه أن يتراضيا على ثمن سلعة ، فيجىء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن ، فيضر بصاحب السلعة . فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه، والوارد فيهما حديثان . فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع فى قوله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع أحدكم

على بيع أخيه ، جامعاً للبيع والشراء مجازاً ، إنما يحتاج إلى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام . . . ولا بأس ببيع من يزيد ، وهو صفة البيع الذى فى أسواق مصر المسمى بالبيع فى الدلالة ، لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد . روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الأنصار أتى النبى صلى الله عليه وسلم يسأله ، فقال له : أما فى بيتك شىء ، قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه ، وقعب نشرب فيه الماء . قال ائتنى بهما ، فأتاه بهما ، فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشترى هذين ، فقال رجل أنا آخذهما بدرهم ، فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً ، فقال رجل أنا بدرهمين ، فأعطاهما إياه ، وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصارى . وقال اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك ، واشتر بالآخر فأساً فأتنى به ، فأتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عوداً بيده ، ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً ، فذهب الرجل يحتطب ويبيع ، فجاء وقد أصاب عشرة دراهم ، فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا خير لك من أن تجىء المسألة نكتة فى وجهك يوم القيامة[1] » .

---

(١) وجاء فى مختصر الطحاوى (ص ٨٤) : « ولا ينبغى أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا جنح البائع إلى بيعه » . وجاء فى المهذب للشيرازى (جزء ١ ص ٢٩١) : « ويحرم أن يبيع على بيع أخيه ، وهو أن يجىء إلى من اشترى شيئاً فى مدة الخيار فيقول افسخ إنى أبيعك أجود منه بهذا الثمن أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن ؟ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لايبيع الرجل على بيع أخيه . . . ويحرم أن يدخل على سوم أخيه وهو أن يجىء إلى رجل أنعم لغيره فى بيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه ، أو يجىء إلى المشترى فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو بذلك الثمن ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يسم على سوم أخيه . . . وأما إذا عرضت السلعة فى النداء ، جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد فى ثمنها » . وجاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٤٢ — ص ٤٣) . « وروى مسلم عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يسم الرجل على سوم أخيه . » ولا يخلو من أربعة أقسام : (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع ، فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشترى ، وهو الذى تناوله النهى . (والثانى) أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا ، فلا يحرم السوم لأن النبى صلى الله عليه وسلم باع فيمن يزيد . . . (والثالث) أنه لايوجد منه ما يدل على الرضا ، ولا عدمه فلا يحرم السوم أيضا ولا الزيادة ، استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها فأمرها أن تنكح أسامة ، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيح فى أحدهما أبيح فى الآخر . (والرابع) أن يظهر منه مايدل على الرضا بغير تصريح =

ونرى من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين « بيع المستام » و « بيع من يزيد » فالأول مكروه والثانى جائز . وبيع المستام على صورتين : إما أن يزايد المشترى على المشترى بعد أن تم البيع على ثمن معلوم ، وإما أن ينافس البائع البائع بعد أن تم البيع فيعرض المنافس على المشترى سلعة أجود بمثل الثمن أو سلعة مماثلة بأنقص من الثمن . وفى هاتين الصورتين يلاحظ أن البيع قد تم ، ولكن لا يزال للبائع الخيار فى الصورة الأولى ، أو للمشترى الخيار فى الصورة الثانية . والخيار هنا قد يكون خيار مجلس أو خيار شرط . وقد يكون البيع لم يتم على وجه بات ، ولكن كلا من المتعاقدين ركن إلى الآخر . وهمّا بإتمام البيع ، فيدخل المستام بينهما . أما إذا عرض البائع سلعته فى السوق ليأخذها من يرغب فيها عن طريق المزايدة ، فهذا بيع من يزيد ، وهو جائز كما رأينا . ويختلف عن بيع المستام فى أن المزايدة إنما تكون قبل أن يتم البيع ، فيتنافس المشترون فى شراء السلعة ، ويقع البيع عادة لمن يعرض الثمن الأعلى . وهذا بيع الفقراء أو بيع من كسدت تجارته ، كما جاء فى النصوص . وهو أيضاً ، فى العصر الحاضر ، بيع الحكومة والأشخاص المعنوية

= فقال القاضى لاتحرم المساومة . وذكر أن أحمد نص عليه فى الخطبة استدلالا بحديث فاطمة ، ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة فحرم منه ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الأصل . قال شيخنا ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهاً حسناً ، فإن النهى عام خرجت منه الصورة المخصوصة بأدلتها ، فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ، ولأنه وجد منه دليل على الرضا أشبه ما لو صرح به ، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوى فى الدلالة ، وليس فى حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جاءت مستشيرة للنبى صلى الله عليه وسلم ، وليس ذلك دليلا على الرضا وكيف ترضى وقد نهاها النبى صلى الله عليه وسلم بقوله « لاتفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئاً قبل مراجعة النبى صلى الله عليه وسلم ؛ والحكم فى الفساد كالحكم فى البيع على بيع أخيه فى الوضع الذى حكمنا بالتحريم فيه » — وجاء فى النيل (جزء ٢ ص ٨) : « نهى لضرر عن سوم رجل على سوم أخيه وعن بيعه كذلك ، وإن بتأخير أو خلاف ثمن الأول أو لغيره بخلافة أو بإقالة أو تولية ، وعن تلقى الركبان ، وعن بيع حاضر لباد ، وعن احتكار ، وعن النجش لغبن فيها ، وعن غش وخديعة . فالبيع فى الكل ثابت عندنا ، والفاعل عاص ، واستحسن الخيار لمشتر فى بعض . ولا بأس بسوم أو بيع على مشرك ومن لا يصلح منه بيع ، قيل وعلى غير متولى . وقيل النهى خاص بغير الأسواق ومحال المناداة المبايعة . » — وجاء فى البحر الزخار (جزء ٣ ص ٢٩٣ وص ٢٩٦) : « ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . عن السوم على السوم ، والبيع على البيع بعد التراضى ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبيعن أحدكم على بيعة أخيه ؛ » الخبر ، ولا إفساد هنا فى الأصح إذ لا غرر .

انظر أيضا البحر الرائق ٦ ص ٩٩ وص ١٠٠ حاشية العدوى على شرح أبى الحسن لرسالة القيروانى ٢ ص ١٧٣ وص ١٧٤ . — تنوير الحوالك فى شرح موطأ مالك ٢ ص ١٧٠ وص ١٧١ .

العامة والمحاكم الحسبية فى أموال القصر والمحجورين والبيع الجبرى عن طريق القضاء .

الإيجاب والقبول فى « بيع من يزيد » :

والظاهر أيضاً من نصوص الفقه الإسلامى فى « بيع من يزيد » أن الإيجاب فى هذا البيع هو التقدم بعطاء ، وأن القبول هو إرساء المزاد على المتقدم بالعطاء ، وأن صاحب السلعة مخير فى أن يمسك سلعته أو أن يرسى المزاد فيها ، وذلك حتى ينقضى مجلس المناداة . ثم إن من يتقدم بعطاء يلزمه هذا العطاء ولا يستطيع الرجوع فيه ، والخيار للبائع . جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) : وأما بيع المزايدة ، فقال ابن رشد فى رسم القطعان من سماع أصبغ من كتاب الجعل والإجارة : الحكم فيه أن كل من زاد فى السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له ، ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى ، أو يمسكها حتى ينقضى مجلس المناداة » . ويؤخذ من هذا النص أن من زاد فى السلعة ، أى من تقدم بعطاء فيها ، يكون هو الذى أوجب العقد . ويلتزم بإيجابه ، فلا يستطيع الرجوع فيه . ويكون صاحب السلعة بالخيار إن أراد قبل الإيجاب وأمضى الصفقة . أما إذا استرد سلعته ، وباع بعدها أخرى ، ولو قبل انقضاء مجلس المناداة ، أو أمسك السلعة ولم يصدر منه قبول حتى انقضى مجلس المناداة ، فالظاهر أن البيع لا ينعقد ، وأن الإيجاب ذاته يسقط بانقضاء مجلس المناداة .

على أنه يصح أن يكون عرف الأسواق قد جرى على أن العطاء فى بيع المزاد يبقى ملزماً لصاحبه دون أن يرسو عليه المزاد حتى بعد انقضاء مجلس المناداة .

ويكون الفرق بين بيع المزايدة وبيع المساومة فى هذه الحالة أن المشترى يلزمه البيع بعد الافتراق فى بيع المزايدة ، بخلاف بيع المساومة فإنه لا يلزمه بعد الافتراق إذ يكون الإيجاب قد سقط بانفضاض مجلس العقد .

وهذا كله يرجع للعرف إذا سكت المتعاقدان ، أو للاتفاق إذا اتفقا على شىء فى ذلك . فيلزم صاحب العطاء البيع بعد انقضاء المجلس فى مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف ، وفى مسألة الاتفاق بمقدار الوقت الذى تم عليه الاتفاق . أما إذا

تعارض الاتفاق مع العرف فإن الاتفاق هو الذى ينسخ العرف . فلو كان العرف يقضى بأن يبقى صاحب العطاء ملتزماً بعد انقضاء مجلس المناداة، ولكنهما اتفقا على أن الالتزام لا يبقى إلا ببقاء المجلس ، كان الاتفاق مقدماً على العرف . وفى كل هذا يقول الحطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) : « ثم نقل عن ابن حبيب ما يقتضى أن للبائع أن يلزم المشترى بعد الافتراق فى بيع المزايدة ، بخلاف بيع المساومة فإنه لا يلزمه بعد الافتراق . وذكر عن المازرى أنه رد التفرقة المذكورة بأن ذلك كعرف جرى بينهم . ونص ابن حبيب إن فارق المشترى البائع فى بيع المساومة دون إيجاب لم يلزمه بعد ذلك . بخلاف بيع المزايدة يلزمه ما أعطى بعد الافتراق لأن المشترى إنما فارقه فى المزايدة على أنه استوجب البيع . قال المازرى لا وجه للتفرقة إلا الرجوع للعوائد . ولو شرط المشترى إنما يلتزم الشراء فى الحال قبل المفارقة ، أو شرط البائع لزومه له أو أنه بالخيار فى أن يعرضها على غيره أمداً معلوماً أو فى حكم معلوم ، لزم الحكم فى بيع المساومة والمزايدة اتفاقاً . وإنما افترقا للعادة ، حسبما علل به ابن حبيب الفرق بينهما . قال المازرى : وإنما نبهت على هذا لأن بعض القضاة ألزم بعض أهل الأسواق بيع المزايدة بعد الافتراق ، وكانت عادتهم الافتراق على غير إيجاب ، اغتراراً بظاهر قول ابن حبيب وحكاية غيره ، فنهيته عن هذا لأجل مقتضى عوائدهم . قال ابن عرفه قلت والعادة عندنا اللزوم ما لم يطل زمن المبايعة ، حسبما تقرر قدر ذلك عندهم . والأمر واضح إن بَعُد والسلعة ليست فى يد المبتاع . فإن كانت بيده وموقوفة ففيه نظر ، والأقرب اللزوم ، كقولها إن بَعُد زمنٌ من مضى أيام الخيار والسلعة فى يد البائع والخيار للمبتاع ، ألاَّ حق فيها للمبتاع . إلا أنَّ عُرفَنَا فى بيع المزايدة أنه لا يتم العقد ولو طال مكثها بيد المبتاع إلا بنص إمضائه ا هـ . فتحصل من كلام ابن رشد والمازرى وابن عرفه فى بيع المزايدة أن كل من زاد فى السلعة فلربما أن يلزمه إياها بما زاد ، إلا أن يسترد البائع سلعته ويبيع بعدها أخرى ، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناداة ، إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق أو يشترط ذلك البائع ، فيلزم المشترى الشرط البيع بعد الافتراق فى مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف وفى مسألة فى الأيام المشروطة وبعدها بقرب ذلك على مذهب المدونة . فإن شرط المشترى أنه لا يلزم البيع إلا ما دام فى المجلس ، فله شرطه ولو كان العرف بخلافه» .

العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق فى « بيع من يزيد » :

والظاهر أن هناك قولين فى مذهب مالك فى هذا الصدد : قولا يذهب إلى أن من تقدم بعطاء يلتزم به ، ولا يسقط عطاؤه حتى لو زاد عليه غيره. فيبقى عطاؤه قائماً ملزماً : وكذلك ينتقل اللزوم لمن تقدم بالعطاء الأعلى مع مشاركة الأول له فى هذا اللزوم لمن تقدم بالعطاء الأعلى مع مشاركة الأول له فى هذا اللزوم . ويكون لصاحب السلعة أن يلزم أيًّا من المزايدين بعطائه . وذهب الأبيانى إلى القول الآخر . فمن تقدم بعطاء ثم زاد عليه غيره ، سقط العطاء السابق بالعطاء اللاحق ، ويبقى العطاء اللاحق وحده هو القائم الملزم . وهذا القول هو الذى يتفق مع الفقه الغربى على النحو الذى بسطناه .

وقد أورد الحطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) هذين القولين على الوجه الآتى : « وقال ابن رشد فى المذهب إذا وقع النداء على السلعة ، وأعطى فيها ثمناً لزمه والخيار للبائع : فإن زاد عليه غيره ، انتقل اللزوم للثانى . وإن لم يزد عليه أحد ، فللبائع أخذه بذلك ما لم تطل غيبته . ورأيت للأبيانى أن الشراء لا يلزمه إذا زاد عليه غيره اه . ونحوه فى اللباب إلا أنه لم يذكر كلام الأبيانى . والظاهر أنه يريد بقوله : انتقل اللزوم للثانى ، أى مع مشاركة الأول له فى اللزوم أيضاً كما تقدم فى كلام ابن رشد ، بدليل أنه جعل كلام الأبيانى مخالفاً له ، فتأمله والله أعلم . وما ذكره عن الأبيانى رأيته فى مسائل السمسرة له ، وهو كتاب مفيد نحو كراس . وظاهر كلام ابن رشد أن المذهب ما قاله ابن رشد . ولم يذكر ابن عرفة غير كلام ابن رشد . . . وتحصل أيضاً أن بيع المزايدة يلزم كل من زاد فى السلعة ولو زاد غيره عليه ، خلافاً للأبيانى . وقد جرى العرف فى مكة وكثير من البلاد على ما قاله الأبيانى . وظاهر ما تقدم عن ابن رشد أن لربها أن يلزم كل من زاد ، ولو كان العرف بخلافه . وجرت العادة أيضاً بمكة أن من رجع بعد الزيادة لا يلزمه شىء ما دام فى المجلس ، وهذا والله أعلم مبنى على القول بخيار المجلس كما هو مذهب الشافعى والله أعلم » .

لا يتحتم إرساء المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء فى (بيع من يزيد) :

والأصل فى بيع المزاد أن يرسى صاحب السلعة المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء . ذلك أنه إنما اختار أن يبيع سلعته فى المزاد لكى يحصل فيها على أعلى ثمن . ولكن يجوز مع ذلك أن يرسى صاحب السلعة المزاد على عطاء أقل ، لأسباب مختلفة . منها أنه قد يثق فى صاحب العطاء الأقل . ومنها أنه قد لا يثق فى صاحب العطاء الأكبر ، أو أنه لا يحب معاملته . وظاهر أن هذا الحكم يتفق مع قول من يذهب بإلزام صاحب العطاء وإن زاد غيره عليه ، فيختار صاحب السلعة أى عطاء شاء ، ولو كان الأقل ، لأن صاحب هذا العطاء يبقى ملزماً بعطائه فلا يسقط بالعطاء الأعلى . أما من يقول بسقوط العطاء السابق بالعطاء اللاحق فلا يتسع له إرساء المزاد على عطاء أقل ، إذ يكون صاحبه قد تحلل من عطائه بالعطاء الأعلى . وقد رأينا أن هذا القول الأخير هو مذهب الفقه الغربى . وإنما يتحقق فى الفقه الغربى إرساء المزاد على صاحب العطاء الأقل إذا جرى المزاد لا بالمناداة ، بل بالطريقة المعروفة « بالمظاريف » ، فيتقدم المزايد بعطائه فى « مظروف » مقفل . وفى اليوم المعين تفتح « مظاريف » المزايدين ، ويرسى المزاد عادة على صاحب أكبر عطاء ، إلا أنه يجوز لسبب من الأسباب التى قدمناها إرساء المزاد على عطاء أقل .

ويورد الحطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) الحكم القاضى بجواز إرساء المزاد على العطاء الأقل على الوجه الآتى :

« وهو (أى صاحب السلعة) مخير فى أن يمضيها لمن يشاء ممن أعطى فيه (أى فى مجلس المناداة) ، وإن كان غيره قد زاد عليه . هذا الذى أحفظ فى هذا من قول الشيخ أبى جعفر بن رزق . وهو صحيح فى المعنى ، لأن من حق صاحب السلعة أن يقول لمن أراد أن يلزمه إياها ، إن أبى وقال بعها ممن زادك ، أنا لا أحب معاملة الذى زادنى ، وليس طلبى الزيادة وإن وجدتها إبراء منى إليك اه . ونقله ابن عرفة فى الكلام على بيع الشخص على بيع أخيه من البيوع المنهى عنها » .

ولا بد من إرساء صاحب السلعة المزاد على عطاء معين حتى يتم البيع لصاحب هذا العطاء . ولكنه متى أرسى المزاد ، فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك ، حتى لو تقدم

مزايد آخر بعد إرساء المزاد بعطاء أكبر . فإذا لم يرس صاحب السلعة المزاد على عطاء معين ، أو فوض الأمر فى هذا العطاء للدلال دون أن يقبله أو يرفضه ، ونوى الدلال البيع لصاحب العطاء ، ولكن قبل أن يكشف له عن إرادته تقدم مزايد آخر بعطاء أكبر ، جاز إرساء المزاد على صاحب العطاء الأكبر ، لأن نية الدلال فى إرساء المزاد على صاحب العطاء الأقل لم يكشف له عنها ، ولا يلزم البيع بالنية . قال الحطاب (جزء ٤ ص ٢٣٧) : « قال ابن رشد فى المذهب : ولو أوقف المنادى السلعة بثمن على التاجر ، وشاور صاحبها فأمره بالبيع ، ثم زاد غيره عليها ، فهى للأول ، قاله الأبيانى اهـ . قلت ما ذكره عن الأبيانى هو فى مسائل السمسرة له ، وزاد فيها فقال : وسواء ترك السمسار الثوب عند التاجر أو كان فى يده وجاء به إلى ربه ، فقال له ربه بعه ، ثم زاد تاجر آخر ، إنه للأول . قال : وأما لو قال له رب الثوب لما شاوره اعمل فيه برأيك ، فرجع السمسار ونوى أن يبيعه ، فزاد فيه تاجر آخر ، فإنه يعمل فيه برأيه ويقبل الزيادة إن شاء ، ولا يلزم البيع بالنية اهـ . قلت وهذا إذا لم تحصل الزيادة إلا بعد مشاورة ربه وأمره السمسار بالبيع . وأما لو زاده فيه شخص قبل مشاورة رب السلعة ، فقد تقدم فى التنبيه السابع عن مالك من رواية ابن القاسم أنه يخبر رب السلعة بالزيادة ، ولم يرَ ذلك من السوم على سوم أخيه لأن النهى عن ذلك إنما هو مع الركون وصاحب السلعة هنا غائب لا يعلم إن كان يميل إلى البيع بذلك الثمن أم لا . وقد كرِه فى سماع أشهب الزيادة ، وقال بئسما صنع . إلا أنه أجاز للوكيل أن يخبر بالزيادة صاحب السلعة » . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢١٠ — ص ٢١١) فى هذا المعنى ما يأتى : « ولا بأس ببيع من يزيد ، وهو بيع الفقراء وبيع من كسدت بضاعته ، والاستيام على سوم الغير مكروه . والفرق بين المزايدة وبين الاستيام على سوم الغير أن صاحب المال إذا كان ينادى على سلعته ، فطلبها إنسان بثمن ، فكف عن النداء وركن إلى ما طلب منه ذلك الرجل ، فليس للغير أن يزيد فى ذلك ، وهذا استيام على سوم الغير . وإن لم يكف عن النداء ، فلا بأس لغيره أن يزيد ، ويكون هذا بيع المزايدة ولا يكون استياماً على سوم الغير . وإن كان الدلال هو الذى ينادى على السلعة ، وطلبها إنسان بثمن ، فقال الدلال حتى أسأل المالك ، فلا بأس للغير أن يزيد بعد ذلك فى هذه الحالة .

فإن أخبر الدلال المالك ، فقال بعه بذلك واقبض الثمن ، فليس لأحد أن يزيد بعد ذلك » . وحاصل ما تقدم أن الدلال إذا ركن للعطاء ثم زاد آخر جاز ، وإذا ركن الدلال للعطاء وفوض رب السلعة الأمر له ونوى البيع ولكن زاد آخر جاز ، فإذا ركن الدلال للعطاء وقبل رب السلعة ثم زاد آخر لم يجز .

النجش :

ويحدث فى « بيع من يزيد » أن يتواطأ صاحب السلعة مع مزايد صورى ، يدفعه للمزايدة فى السلعة حتى يعلى ثمنها ، ولا يقصد المزايد الصورى شراء السلعة ، وإنما أراد رفع ثمنها خدمة لصاحبها . وهذا ما يسمى بالنجش . ويميز الفقه الإسلامى فى النجش بين حالتين : (١) إن كان الناجش إنما تواطأ مع صاحب السلعة لرفع ثمنها عن قيمتها الحقيقية تضليلا للمزايدين ، فهذا بيع مكروه حكمه حكم بيع المستام . (٢) أما إن كانت السلعة لم تصل فى المزاد إلى مثل ثمنها ، فنجشها رجل حتى تبلغ ثمنها ، فهذا ليس بمكروه وإن كان الناجش لا يريد شراءها . جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٣٣) : « ومنها النجش ، وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ، ثم لا يشتريها بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد فى ثمنها . وأنه مكروه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن النجش ، ولأنه احتيال للإضرار بأخيه المسلم . وهذا إذا كان المشترى يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها . فأما إذا كان يطلبها بأقل من ثمنها ، فنجش رجل سلعة حتى تبلغ إلى ثمنها ، فهذا ليس بمكروه وإن كان الناجش لا يريد شراءها » . وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٣٩) : « ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش ، وهو أن يزيد فى الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعد ما بلغت قيمتها ، فإنه تغرير للمسلم ظلماً . فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها ، فزاد القيمة لا يريد الشراء ، فجائز ، لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذ كان شراء الغير بالقيمة » . وجاء فى البحر الرائق (جزء ٦ ص ٩٩) : « والنجش بفتحتين ويروى بالسكون أن تسام السلعة بأزيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها ليراك الآخر فيقع فيه . . . وأصله من نجش الصيد وهو إثارته ، كذا فى المغرب . وفى القاموس النجش إن تواطئ رجلا إذا أراد

بيعاً أن تمدحه ، أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه بها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها ، أو أن تنفر الناس عن الشيء إلى غيره . . . » وقيده أصحابنا كما في الجوهرة بما إذا كانت السلعة بلغت قيمتها . أما إذا لم تبلغ فلا منع منه ، لأنه نفع للمسلم من غير إضرار بأحد[1] » .

واختلفت المذاهب في حكم النجش الممنوع ، وهل يفسد البيع أو لا يفسده . فأهل الظاهر يذهبون إلى أن البيع فاسد . والمالكية على أن النجش كالعيب ، فيكون المشتري بالخيار إن شاء رد السلعة إلى صاحبها وإن شاء أمسكها ، والحنفية والشافعية على أن البيع صحيح ، ولكنه مكروه فيأثم كل من البائع والناجش . ويؤصل ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٦) هذا الخلاف على النحو الآتي : « واختلفوا إذا وقع هذا البيع . فقال أهل الظاهر هو فاسد . وقال مالك هو كالعيب ، والمشتري بالخيار إن شاء أن يرد رد ، وإن شاء أن يمسك أمسك . وقال أبو حنيفة والشافعي إن وقع أثم ، وجاز البيع . وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي وإن كان النهي ليس في نفس الشيء ، بل من خارج ؟ فمن قال يتضمن فسخ البيع ولم يجزه ، ومن قال ليس يتضمن ، أجازه . والجمهور على أن النهي إذا ورد لمعنى في المنهي عنه ، أنه يتضمن الفساد ، كالنهي عن الربا والغرر . وإذا ورد الأمر من خارج ، لم يتضمن الفساد . ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء ، لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ » . وفي مذهب الأباضية قولان : أحدهما أن يكون الخيار للمشتري ، والآخر وهو القول المختار أن يكون البيع صحيحاً ويثبت الإثم والعصيان ووجوب التنصل والتوبة . جاء في النيل (جزء ٢ ص ٩) : « نهى عن النجش ، وهو الزيادة في ثمن سلعة ممن لا يريد شراءها ، ليوقع غيره فيها ، وعصى به وإن كانت لغيره . واستحسن الخيار للمشتري ، إن كانت للنجش أو اتفق مع ربها ولم يعلم . والمختار لزوم البيع مطلقاً ، وثبوت العصيان ووجوب التنصل والتوبة » . وعند المالكية لا يكون الخيار للمشتري إلا إذا دس البائع الناجش ، فإن كان

---

(١) انظر أيضاً في هذا المعنى : الزيلعي ٤ ص ٦٧ — ابن عابدين ٤ ص ١٨٢ — البحر الزخار ٣ ص ٢٩٦ .

الناجش « أجنبياً » ، فلا شيء على البائع ، ولا يفسخ البيع ، والإثم على من فعل ذلك .

وللنجش صورة عكسية ، هى أن يتفق المشترى — لا البائع — مع من ينافسه فى شراء السلعة أن يكف عن منافسته ، فلا يتقدم للمزايدة عليه ، وقد يكون ذلك فى مقابل جعل يعطيه إياه . فإن كان المشترى قد اتفق مع جميع من ينافسه أو أكثرهم حتى يكفوا عن منافسته ، وحتى ينفرد بالتقدم لشراء السلعة فينزل من ثمنها ما يشاء ، أو اتفق معهم على ألا يزيدوا على ثمن معين ، كان للبائع الخيار فى إمضاء الصفقة أو فسخها . فإن فسخ استرد السلعة ، وإن فاتته استرد الأكثر من القيمة أو الثمن على حكم الغش والخديعة فى البيع . وإن أمضى البيع ، فالمشترى ومن تواطأ معهم فى الكف عن المزايدة شركاء جميعاً فى الصفقة ، زادت السلعة أو نقصت أو تلفت . وإن كان المشترى لم يتفق مع جميع المنافسين أو أكثرهم ، بل اتفق مع واحد أو القليل منهم ، كان البيع لازماً ولم يكن للبائع الخيار. ثم إن المشترى إن كان قد جعل لمن سأله الكف عن المنافسة عوضاً من غير السلعة المبيعة ، لزمه هذا العوض. أما لو كان الكف بعوض من السلعة المبيعة ذاتها ، فإن كان ذلك على وجه الشركة بين المشترى ومن سئل الكف عن المنافسة جاز ، وإن كان على وجه العطاء مجاناً لم يجز . جاء فى شرح الخرشى وحاشية العدوى (جزء ٥ ص ٨٧٣) فى هذا المعنى ما يأتى :

« وجاز سؤال البعض ليكف عن الزيادة — هذا إذا كان السؤال بغير عوض أو بعوض من غير السلعة المبيعة ، كما لو قال كف عنى ولك دينار ، ويلزمه الدينار اشتراها أو لا . . . وأما لو كان بعوض من السلعة ، كما لو قال كف عنى ولك بعضها ، فإن كان على وجه الشركة جاز ، وإن كان على وجه العطاء مجاناً لم يجز — لا الجميع ، أى وجاز لحاضر سوم سلعة يريد شراءها سؤال البعض من الحاضرين للسوم ليكف عن الزيادة فيها ليشتريها السائل برخص ، وليس له سؤال الجميع أو الأكثر ، والواحد الذى كالجماعة من كونه مقتدى به كالجميع . فإن وقع سؤال الجميع ومن فى حكمهم ، وثبت ببينة أو إقرار ، خير البائع ، فى قيام السلعة ، فى ردها وعدمه . وإن فاتت فله الأكثر من القيمة أو الثمن على حكم الغش والخديعة فى البيع . فإن أمضى بيعها ، فهم فيها شركاء بتواطئهم على ترك الزيادة ، زادت أو نقصت أو تلفت . ومن حق المبتاع منهم أن يلزمهم الشركة أن

نقصت أو تفلت ، ومن حقهم أن يلزموه ذلك إن زادت وكان فيها ربح » .

(انظر أيضاً فى النجش وفى السوم على سوم آخر المحلى لابن حزم الجزء الثامن ص ٤٤٧ – ص ٤٤٩) .

§ ٢ – عقد الإذعان

نصوص التقنينات المدنية العربية :

تنص المادة ١٠٠ من التقنين المدنى المصرى على أن « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة ، يضعها الموجب ، ولا يقبل مناقشة فيها » . وتنص المادة ١٤٩ من هذا التقنين على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . ثم تنص المادة ١٥١ من هذا التقنين أيضاً على أنه : « ١ – يفسر الشك فى مصلحة المدين » . « ٢ – ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » .

والتقنين المدنى السورى يطابق التقنين المدنى المصرى فى جميع هذه النصوص (انظر المواد ١٠١ و ١٥٠ و ١٥٢ من التقنين المدنى السورى) . وكذلك الأمر فى التقنين المدنى الليبى (انظر المواد ١٠٠ و ١٤٩ و ١٥٣ من التقنين المدنى للمملكة المتحدة الليبية – وانظر أيضاً المادتين ١٥٠ و ١٥١ من هذا التقنين) .

وقد جمع التقنين المدنى العراقى جميع الأحكام المتقدمة فى نص واحد ، هو المادة ١٦٧ ، ونصها يطابق نصوص التقنين المدنى المصرى المتقدمة الذكر .

وقد عرف تقنين الالتزامات اللبنانى فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ عقد الإذعان على النحو الذى جاء به التقنين المدنى المصرى فى المادة ١٠٠ سالفة الذكر .

ونرى من ذلك أن نصوص التقنينات المدنية العربية فى هذه المسألة ، كما هى فى عقد المزاد ، متماثلة بل هى متطابقة ، فتكون أحكامها جميعاً واحدة .

عقد الإذعان فى الفقه الغربى الحديث :

ونلخص هذه الأحكام ، كما لخصنا أحكام عقد المزاد ، نقلا عن الوسيط (جزء أول ص ٢٢٩ – ٢٣٦) على الوجه الآتى :

عقد الإذعان لا يكون إلا فى دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية :

١ — تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين .

٢ — احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونيًّا أو فعليًّا ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

٣ — صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسئوليته العقدية ، وأخرى تشدد فى مسئولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغمم فهمها على أوساط الناس . وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطيارات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل فى دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول فى هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض إيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد . فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ، ولا بد له من التنقل والسفر فى بعض الأحايين ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده .

وقد انقسم الفقهاء فى طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود . أما الفريق الأول — وهم قلة من فقهاء القانون المدنى وكثرة من فقهاء القانون العام — فينكرون على عقود الإذعان صيغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويراعى فى تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر

فيه إلى ماتستلزمه الروابط الاقتصادية التى وضع لتنظيمها . ويرى الفريق الثانى — وهم الكثرة من فقهاء القانون المدنى — أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقى ، ولا بتمكين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع — لا القاضى — لينظم عقود الإذعان .

وقد تذرع التقنين المدنى المصرى الجديد بالوسيلة الثانية ، فجعل الحماية تشريعية . ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة . فنصت المادة ١٤٩ على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وهذا النص فى عمومه وشموله أداة قوية فى يد القاضى يحمى بها المستهلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضى هو الذى يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ، فإذا كشف شرطاً تعسفياً فى عقد إذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعفى الطرف المذعن منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً فى ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضى سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً فى عقودها . ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى : « ١ — يفسر الشك فى مصلحة المدين » . « ٢ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويراعى

من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائناً كان أو مديناً . فالمفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأ أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً فى هذا الغموض من وجه » .

عقد الإذعان فى الفقه الإسلامى :

ولا ننتظر أن نجد فى الفقه الإسلامى ما نراه فى الفقه الغربى الحديث فى صدد عقد الإذعان . فإن النظم الاقتصادية قد تطورت تطوراً كبيراً ، وأصبحنا فى النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة وللسلع الضرورية ، ونعرف معها شركات الغاز والنور والكهرباء والمواصلات والنقل والتأمين والمضانع الكبرى التى تحتكر العمل والعمال وغير ذلك . ثم لا ننسى أن فكرة عقد الإذعان فى الفقه الغربى لم تنبثق إلا منذ عهد قريب .

ولكن الجوهرى فى كل ذلك هو ، كما قدمنا ، ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية ، فيغلى من سعرها ، ويبيعها للناس على ما يريد ، فتذعن الناس لإرادته ، وترضخ للسعر الذى يفرضه ، لحاجتها الشديدة إلى هذه السلعة ، وذلك أيًّا كان النظام الاقتصادى القائم . وفى النظم الاقتصادية التى كانت قائمة وقت تكوّن الفقه الإسلامى ، لم يقصر فقهاء المسلمين فى وضع الأسس العامة التى تمنع الاحتكار ، وتضرب على أيدى المحتكرين ، وترفع الضرر عن الناس من جراء ما ندعوه الآن فى الفقه الغربى بعقود الإذعان .

كره الفقه الإسلامى — فى مختلف مذاهبه — الاحتكار بوجه عام ، ثم تعقبه فى صورتين من صوره التى كانت مألوفة وقت ذاك : فى بيع متلقى السلع وفى بيع الحاضر للبادى . فنورد النصوص والأحكام فى كل من هذه المسائل الثلاث :

الاحتكار :

جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢١٣ — ص ٢١٤) فى مذهب الحنفية :
« الاحتكار مكروه ، وذلك أن يشترى طعاماً فى مصر ويمتنع من بيعه ، وذلك يضر بالناس ، كذا فى الحاوى . وإن اشترى فى ذلك المصر وحبسه ، ولا يضر بأهل المصر ، لا بأس به ، كذا فى التتارخانية ناقلا عن التجنيس . وإذا اشترى من مكان قريب من المصر فحمل طعاماً إلى المصر وحبسه ، وذلك يضر بأهله ، فهو مكروه هذا قول محمد رحمه الله تعالى وهو إحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله تعالى وهو المختار ، هكذا فى الغياثية . وإن اشترى طعاماً فى مصر وجلبه إلى مصر آخر واحتكر فيه ، فإنه لا يكره ، هكذا فى المحيط . وكذلك لو زرع أرضه وادخر طعامه فليس بمحتكر ، كذا فى الحاوى . ولكن الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجته إذا اشتدت حاجة الناس إليه ، كذا فى التتارخانية ناقلا عن المضمرات . وإذا قلت المدة لا يكون احتكاراً ، وإذا طالت المدة يكون احتكاراً ، وعن أصحابنا أنهم قدروا الطويلة بالشهر ، فما دونه قليل . ثم يقع التفاوت فى الاحتكار بين أن يتربص للغلاء وبين أن يتربص للقحط ، فوبال الثانى أعظم من وبال الأول . وفى الجملة التجارة فى الطعام غير محمودة ، كذا فى المحيط . والاحتكار فى كل ما يضر بالعامة فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ، وقال محمد رحمه الله تعالى الاحتكار بما يتقوت به الناس والبهائم ، كذا فى الحاوى . قال محمد رحمه الله تعالى للإمام أن يجبر المحتكر على البيع إذا خاف الهلاك على أهل المصر ، ويقول للمحتكر بع بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس فى مثلها ، كذا فى فتاوى قاضيخان ، ولا يسعر بالإجماع ، إلا إذا كان أرباب الطعام يتحملون ويتعدون عن القيمة وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير ، فلا بأس به بمشورة أهل الرأى والبصر ، هو المختار وبه يفتى ، كذا فى الفصول العمادية . فإن سعر ، فباع الخباز بأكثر مما سعر ، جاز بيعه ، كذا فى فتاوى قاضيخان . ومن باع منهم بما قدر الإمام من الثمن ، جاز بيعه . كذا فى التتارخانية . وإذا رفع أمر المحتكر إلى الحاكم ، فالحاكم يأمره ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة ،

وينهاه عن الاحتكار ، فإن انتهى فبها ونعمت ، وإن لم ينته ورفع الأمر إلى القاضى مرة أخرى وهو مصر على عادته ، وعظه وهدده ، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى . ذكر القدورى فى شرحه : وإذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر ، أخذ الطعام من المحتكرين وفرق بين المحاويج ، فإذا وجدوا ردوا مثله ، وهذا صحيح ، كذا فى المحيط . وفى المضمرات : وهل ينبغى للقاضى أن يبيع على المحتكر طعامه من غير رضاه ، قيل هو على الاختلاف، وقيل يبيع بالاتفاق : فى الملتقط لو خيف الهلاك على الناس ، أمر الجالب أن يبيع مثل ما أمر المحتكر ، كذا فى التتارخانية » .

ويخلص مما نقلناه عن الفتاوى الهندية الأحكام الآتية : (١) الاحتكار مكروه (٢) ويعد احتكاراً أن يشترى طعاماً — أو أية سلعة أخرى يضر احتكارها بالعامة فى قول أبى يوسف — فى مصر أو من مكان قريب من المصر ، ويتربص به مدة طويلة ، تقدر بما لا يقل عن الشهر ، للغلاء أو للقحط وهو أشد وبالا ، ويبيعه للناس على ما يريد . (٣) ولا يعد احتكاراً أن يشترى فى مصر ويجلب السلعة إلى مصر آخر ، وكذلك لو زرع أرضه أو ادخر طعامه فليس بمحتكر ، وإن كان الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجته إذا اشتدت حاجة الناس إليه . (٤) وللإمام فى منع الاحتكار المكروه وسيلتان : أولاهما أن يسعر السلعة بمشورة أهل الرأى والبصر ، ولكن التسعير لا يلزم البائع ، فإذا باع بأكثر مما سعر الإمام جاز بيعه ، وإنما التسعير لتبصير الناس بالسعر المعقول . والوسيلة الأخرى أن يجبر المحتكر على البيع بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس فى مثلها ، وقيل ينهى المحتكر عن الاحتكار مرتين ثم يعزر بالحبس فى المرة الثالثة .

والمالكية يمنعون الاحتكار . جاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٠ ص ١٢٣) :

« قال وسمعت مالكاً يقول الحكرة فى كل شىء فى السوق ، من الطعام والزيت والكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق . . . قال مالك يمنع من يحتكره . . . قال فإن كان ذلك لا يضر بالسوق ، قال مالك : فلا بأس بذلك . . . قال سألت مالكاً عن أهل الريف إذا احتاجوا إلى ما فى الفسطاط من الطعام ، فيأتون ويشترون من الفسطاط ، فأراد أهل الفسطاط أن يمنعوهم وقالوا هذا

يغلى علينا ما فى أسواقنا أترى أن يمنعوا »، قال مالك لا أرى أن يمنعوا من ذلك إلا أن يكون ذلك مضراً بالفسطاط ، فإن كان ذلك مضراً بهم وعند أهل القرى ما يحملهم منعوا من ذلك ، وإلا تركوا . قال : فأرى القرى التى فيها الأسواق بمنزلة الفسطاط » . وجاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) : « لا يجوز التسعير على أهل الأسواق ، ومن زاد فى سعر أو نقص منه أمر بإلحاقه بسعر الناس فإن أبى أخرج من السوق . ولا يجوز احتكار الطعام إذا أضر بأهل البلد ، واختلف هل يجبر الناس فى الغلاء على إخراج الطعام أم لا . ولا يخرج الطعام من بلد إلى غيره إذا أضر بأهل البلد . ومن جلب طعاماً خلى بينه وبينه ، فإن شاء باعه وإن شاء احتكره » .

وعند الشافعية الاحتكار حرام . وقيل مكروه . والاحتكار عندهم فى الطعام دون غيره — ويكون إذا ابتاع فى وقت الغلاء وأمسك ليزداد الثمن ، أما إذا ابتاع فى وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه فى معنى الجالب . جاء فى المهذب (جزء أول ص ٢٩٢) : «ويحرم الاحتكار فى الأقوات ، وهو أن يبتاع فى وقت الغلاء ويمسكه ليزداد فى ثمنه . ومن أصحابنا من قال يكره ولا يحرم وليس بشىء ، لما روى عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون . وروى معمر العدوى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحتكر إلا خاطئ ، فدل على أنه حرام . فأما إذا ابتاع فى وقت الرخص ، أو جاءه من ضيعته طعام ، فأمسكه ليبيعه إذا غلا ، فلا يحرم ذلك ، لأنه فى معنى الجالب ، وقد روى عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وروى أبو الزناد قال : قلت لسعيد بن المسيب بلغنى عنك أنك قلت إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر بالمدينة إلا خاطئ ، وأنت تحتكر ، قال ليس هذا الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إنما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتى الرجل السلعة عند غلائها فيغالى بها ، فأما أن يأتى الشىء وقد اتضع فيشتريه ثم يضعه ، فإن احتاج الناس إليه أخرجه ، فذلك خير . وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره ، لما روى أبو إمامة رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام ، فدل على أن غيره يجوز ولأنه لا ضرر فى احتكار غير الأقوات فلم يمنع

منه». ويلاحظ ما عند الشافعية من تمييز حسن ما بين الجالب — وهو من يشترى فى الرخص ويبيع فى الغلاء وهذا شأن التجار ينفعون وينتفعون ، فيكون رزقهم حلالا — وبين المحتكر ، وهو من يأتى السلعة عند غلائها فيغالى بها وهذه هى المضاربة الممقوتة . قال النبي صلى الله عليه وسلم : الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون .

والحنابلة كالشافعية يحرمون الاحتكار ويجعلونه فى الطعام دون غيره ، ويميزون بين الجالب وهو مرزوق والمحتكر وهو ملعون . وهم يقيدون الاحتكار المحرم بشروط ثلاثة : (١) أن يكون المحتكر قد اشترى الطعام ليحتكره . فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره ، لم يكن محتكراً ، لأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينفع . (٢) أن يكون ما اشتراه قوتاً للإنسان ، فأما الأدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . (٣) أن يضيق على الناس بشرائه، ولا يحصل ذلك إلا بأمرين أن يكون فى بلد يضيق بأهله الاحتكار ، وأن يكون فى حال الضيق والغلاء لا فى حال الاتساع والرخص (المغنى ٤ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣) .

---

(١) وهذا ما جاء فى المغنى (٤ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣) : والاحتكار حرام لما روى . . عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من احتكر فهو خاطئ ، روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خرج مع أصحابه فرأى طعاماً كثيراً قد ألقى على باب مكة ، فقال ما هذا الطعام ؟ فقالوا جلب إلينا ، فقال بارك الله فيه وفيمن جلبه . فقيل له فإنه قد احتكر ، قال ومن احتكره ؟ قالوا فلان مولى عثمان وفلان مولاك ، فأرسل إليهما فقال ما حملكما على احتكار طعام المسلمين ، قالا نشترى بأموالنا ونبيع ، قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس . قال الراوى : فأما مولى عثمان فباعه وقال والله لا أحتكره أبداً وأما مولى عمر فلم يبعه فرأيته مجذوما . . والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يشترى ، فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره ، لم يكن محتكراً ، روى عن الحسن ومالك . وقال الأوزاعى : الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينفع . فإن الناس إذا علموا عنده طعاماً معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه . (الثانى) أن يكون المشترى قوتاً ، فأما الأدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن أى شىء الاحتكار ؟ قال إذا كان من قوت الناس فهو الذى يكره ، وهذا قول عبد الله بن عمرو . وكان سعيد بن المسيب ، وهو راوى حديث الاحتكار يحتكر الزيت . قال أبو داود كان يحتكر النوى والخبط والبزر ، ولأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها فأشبهت الثياب والحيوانات . (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ، ولا يحصل=

* * *

= ذلك إلا بأمرين: أحدهما أن يكون فى بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور ، قال أحمد: الاحتكار فى مثل مكة والمدينة والثغور ، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر ، لايحرم فيها الاحتكار ، لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً . الثانى أن يكون فى حال الضيق . بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس . فأما إن اشتراه فى حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم .

وجاء فى الروض النضير ، شرح مجموع الفقه الكبير (جزء ٣ ص ٣٠٦ – ص ٣٠٨) فى فقه الزيدية : « حدثنى زيد بن على عن أبيه عن جده عن على عليهم السلام قال : جالب الطعام مرزوق والمحتكر عاص ملعون ، قال زيد بن على : لا احتكار إلا فى الحنطة والشعير والتمر – : الشرح . . وفى المعتمد عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الجالب مرزوق والمحتكر محروم ومن احتكر على المسلمين طعاماً ضربه الله بالجذام والإفلاس . . . وفى الباب عن أبى هريرة من احتكر يريد أن يغالى بها المسلمين فهو خاطئ وقد برئ الله منه . . وظاهر الحديث يدل على تحريم الاحتكار مطلقاً ، سواء كان فى الأقوات أو فى غيرها ، وهو مذهب أبى يوسف فقال كل ما أضر بالناس حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو ثياباً ، وقال فى النهاية : الاحتكار أن يأخذ الطعام ويحبسه ليقل فيغلو ، والحكر والحكرة الاسم منه ، وأصل الحكرة الجمع والإمساك . وحمل الإمام عليه السلام الاحتكار على الثلاثة الأنواع (الحنطة والشعير والتمر) كما فى الأصل ، وإنما خصها بها لأنها عمدة أقوات الناس ، وهو مذهب محمد بن الحسن . وذهب الهادوية والشافعية إلى أنه فى قوت بنى آدم مطلقاً ، وألحقت الهادوية به قوت البهائم قياساً ، وحجتهم ما فى بعض الروايات من تقييد الاحتكار بالطعام . وقد اعترض بأنه لا تعارض فى مثل ذلك بين المطلق والمقيد ، والواجب عند الجمهور إعمال الحديثين كليهما ، ويبقى المطلق على حاله والمقيد من جملة أفراده . ولا يقول بحمله على المقيد فى هذه الصورة إلا أبو ثور ، إلا أن ينظر إلى الحكمة المناسبة للتحريم وهى دفع الضرر عن عامة الناس ، والأغلب فى دفع الضرر عن العامة إنما يكون فى القولين ، فيقيد الإطلاق بالمناسب ، وعليه يحمل ما روى عن بعض السلف من الاحتكار فى غير الأقوات . . وقد شرط أهل المذهب لتحريم الاحتكار شروطاً ، منها أن يكون فاضلا عن كفايته ومن يمونه سنة كاملة . . . وأن يكون متربصاً به الغلاء . . . وأن يكون مع حاجة الناس إليه لما عرف أن العلة فى التحريم ليس هو ذات الاحتكار بل لما يلحق الناس به من الضرر . قالوا ولا فرق بين أن يكون الطعام من زرعه أو شرائه ، من المصر أو من السواد ، خلاف أبى حنيفة فيما كان من زرعه أو شرائه من السواد ولا وجه له . ومع عدم اجتماع الشروط المذكورة لا يحرم الاحتكار إذ لا مضرة ، لكنه يكره إن لم يدخره للاقتيات » .

وجاء فى البحر الزخار (جزء ٣ ص ٣١٩ – ص ٣٢٠) فى فقه الزيدية أيضاً : « وإنما يحرم (الاحتكار) فى الفاضل عن كفايته ومن يمون إلى الغلة ، إذ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتكر قوت السنة . فيجوز مثله ، أو إلى الغلة إن لحق الجدب فى بعض السنة . وإنما يحرم مع حاجة الناس إليه ولا يوجد إلا مع مثله ، إذ لا إضرار مع خلاف ذلك . فيجبر على البيع ، ولا يباع عنه . قيل فإن عرد فالحاكم ، ويعزر المحتكر لعصيانه ، ولا يفسد عقد من اشترى للاحتكار لما مر ، وإذ لم يفسد عمر عقد مولاه ومولى عثمان ، ولا يحرم احتكار غير ذلك إذ لا إضرار » .

بيع متلقى السلع :

أو الجلب أو الركبان . وهذا البيع صورة من صور الاحتكار . قال فيه صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٣٢) : «ومنها (أى مما يكره من البياعات) بيع متلقى السلع . واختلف فى تفسيره . قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة ، فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ، ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن . وهذا الشراء مكروه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق » ، وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ، بأن كان أهله فى جدب وقحط . فإن كان لا يضرهم فلا بأس — وقال بعضهم تفسيره هو أن يتلقاهم فيشترى منهم بأرخص من سعر البلد ، وهم لا يعلمون سعر البلد . وهذا أيضاً مكروه ، سواء تضرر به أهل البلد أم لا ، لأنه غرهم . والشراء جائز فى الصورتين جميعاً ، لأن البيع مشروع فى ذاته ، والنهى فى غيره ، وهو الإضرار بالعامة على التفسير الأول وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثانى » . وجاء فى الجوهرة النيرة للحدادى فى شرح مختصر القدورى (جزء ١ ص ٢٠٦ : « وصورة تلقى الجلب أن الرجل من أهل المصر ، إذا سمع بمجيء قافلة معهم طعام ، وأهل المصر فى قحط وغلاء ، فيخرج ويتلقاهم ويشترى منهم جميع طعامهم ويدخل به المصر ويبيعه على ما يريده من الثمن ، ولو تركهم حتى دخلوا ، باعوا على أهل المصر متفرقاً ، توسع أهل المصر بذلك . وأما إذا كان أهل المصر لا يتضررون بذلك ، فإنه لا يكره . وقال بعضهم صورته أن يتلقاهم رجل من أهل المصر ، فيشترى منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بسعر أهل المصر ، فالشراء جائز فى الحكم ، ولكنه مكروه لأنه غرهم ، سواء تضرر به أهل المصر أولا » . وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٤٠) : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان . . . وللتلقى صورتان : إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة . وثانيتهما أن يشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر . ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك أنه يعصى ، أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق أن خرج فرآهم فاشترى ، ففى معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى ،

والوجه لا يعصى إذا لم يُلَبِّسْ . وعندنا محمل النهى إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس ، أما إذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس » .

ويستخلص من هذه النصوص أن تلقى السلع أو الجلب أو الركبان قد يكون لأحد غرضين أو للغرضين معاً : إما لتغرير الركبان وهم لا يعلمون السعر فيشترون منهم بأرخص من سعر البلد ، وهذه الحالة صورة من صور التدليس والتغرير . وإما لشراء الميرة كلها من القافلة ، فتحتكر ، ثم يبيعها المشترون على ما يريدون من الثمن فيضرون بأهل البلد ، وهذه الحالة هى صورة من صور الاحتكار المنهى عنه ، وقد تقدم بيان حكمه[1] .

وعند المالكية خلاف فى تأديب المتلقى وفى اشتراك أهل السوق معه . جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٥٩) : «النوع الخامس (من البيوعات الفاسدة) تلقى السلعة على ميل ، وقيل على فرسخين ، وقيل على مسيرة يوم فأكثر ، قبل أن تصل إلى الأسواق . وهو لا يجوز لحق أهل الأسواق . فإن وقع ، فاختلف فى تأديب المتلقى وفى اشتراك أهل السوق معه . وقال الشافعى إنما يمنع لحق صاحب السلعة، فهو بالخيار . وأجازه أبو حنيفة . ويتبين من هذا النص أن البيع من متلقى السلع جائز ولكنه منهى عنه عند أبى حنيفة ، والبائع فيه بالخيار إذا أتى السوق وبان له أنه غبن عند الشافعى (انظر المهذب جزء أول ص ٢٩٢) . ويعزر فيه المتلقى بل يباع عليه ليشترك معه أهل السوق فى الصفقة التى استأثر بها على خلاف فى الرأى عند مالك . وعند أحمد . فى رواية البيع صحيح وللبائع الخيار كما عند الشافعى ، وهى الرواية الأصح . وفى رواية أخرى ، البيع فاسد » جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢) فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم ، فالبيع صحيح فى قول الجميع ، قال ابن عبد البر . وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن البيع فاسد ، لظاهر النهى. والأول أصح ،لأن أبا هريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه واشترى منه ، فإذا أتى السوق فهو بالخيار ، رواه مسلم ، والخيار لا يكون إلا فى عقد صحيح ، ولأن النهى لا لمعنى فى البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار . . . وقال أصحاب

---

(١) انظر أيضا فى هذا المعنى الزيلعى جزء ٤ ص ٦٨ — البحر الرائق ٦ ص ٩٩ ..

الرأى لا خيار له ، وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا ولا قول لأحد مع قوله . وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر ولا ضرر مع عدم الغبن ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى . . . وقال أصحاب مالك إنما نهى عن تلقى الركبان لما يفوت به من الرفق لأهل السوق لئلا يقطع عنهم ما له جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى، قال ابن القاسم فإن تلقاها متلق فاشتراها ، عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها . وقال الليث بن سعد تباع فى السوق . وهذا مخالف لمدلول الحديث فإن النبى صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق ، ولم يجعلوا له خياراً ، وجعل النبى صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن النهى عن تلقى الركبان لحقه لا لحق غيره ، ولأن الجالس فى السوق كالمتلقى فى أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى ، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما وإلحاق الضرر به دفعاً للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقى ، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم فى سلعته ، فلا يعرج على مثل هذا والله أعلم . ويلاحظ أن هذا كله هو حكم البيع الصادر إلى متلقى السلع إذا غر الركبان . أما حكم احتكاره للسلعة بعد شرائها فقد قدمناه عند الكلام فى الاحتكار [1] .

بيع الحاضر للبادى :

وهذا البيع صورة ثانية من صور الاحتكار . وقد اختلف فى تصويره . فقال صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٣٢) : « ومنها (أى مما يكره من البياعات) بيع الحاضر للبادى ، وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمن غال ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «لا يبيع حاضر

---

(١) وجاء فى الروض النضير (جزء ٣ ص ٣٠٤) : وظاهر إطلاق التلقى يعم المسافة القريبة والبعيدة ، ويكون ابتداؤه خارج السوق الذى يباع فيه المجلوب . ويناسب كون التلقى إنما يعتبر من خارج السوق من جهة المعنى أنه موضع التغرير وجهالة سعر البلد ، ولا تنكشف له الحقيقة إلا ببلوغه السوق ؛ فلو فرض تقصيرهم عن طلب الحقيقة بعد بلوغهم إليه ، لم يضر إذ أتوا من أنفسهم . ولا بد أن يكون عالماً بالنهى عن التلقى ، وأن يخرج قاصداً له ، فإن خرج لشغل آخر فرآهم مقبلين فاشترى ، ففيه تردد ، إذ صيغة التلقى تشعر بالتكلف لفعله والقصد إليه ، كما يقال تأمل وتفطن » .

لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » . ولو باع جاز البيع ، لأن النهى لمعنى فى غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر ، فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء . وهذا إذا كان ذلك يضر بأهل البلد بأن كان أهله فى قحط من الطعام والعلف ، فإن كانوا فى خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر. ويؤيد هذا التصوير البابرتى على الهداية (هامش فتح القدير ٥ ص ٢٤٠) إذ يقول : « ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادى ؛ فقال عليه الصلاة والسلام : « لا يبيع حاضر للبادى » : وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر ، ويبيعه من أهل البادية بثمن غال . فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر فى سعة لا يتضررون بذلك أو فى قحط يتضررون . فإن كان الثانى فهو مكروه ، وإن كان الأول فلا بأس بذلك . وعلى هذا تكون اللام للبادى بمعنى من . وقيل فى صورته نظراً إلى اللام أن يتولى المصرى البيع لأهل البادية ليغالى فى القيمة » . وهذا التصوير الثانى الذى يشير إليه البابرتى فى آخر العبارة هو التصوير الغالب . جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٤٠) : « وقال الحلوانى هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ، ويقول له لا تبع أنت ، أنا أعلم بذلك منك . فيتوكل له ، ويبيع ، ويغالى . ولو تركه يبيع بنفسه ، لرخص على الناس . وفى بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » . وفى المجتبى هذا التفسير أصح ، ذكره فى زاد الفقهاء لموافقته الحديث[1] » . وجاء فى المهذب (جزء ١ ص٢٩١ — ص٢٩٢) « ويحرم أن يبيع حاضر لباد ، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس إليه فى البلد ، فإذا باع اتسع وإذا لم يبع ضاق . فيجىء إليه سمسار ، فيقول

---

(١) انظر أيضا فى كل من التصويرين : الجوهرة المنيرة (ص ٢٠٦) — الزيلعى (٤ص ٦٨) — البحر الرائق (٦ ص ٩٩) .

وانظر فى التصوير الثانى الروض النضير (٣ص ٣٠٢ — ص ٣٠٤)، وجاء فى ص ٣٠٣ منه : وإن كان فى المجلوب سعة والحاجة إليه قليلة ، بحيث لا يؤدى بيع الحاضر للبادى إلى شىء من الإضرار بهم ، فالظاهر الإباحة، بل قد تكون أولى، وذلك إذا كان فى توسطه وتوليه لذلك تيسير على أهل المصر ، كما هو معلوم عند توسط السماسرة النخاسين من أهل الجلب والمصر ، وجاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص٢٥٩) التصوير الثانى دون غيره فى العبارات الآتية « بيع حاضر لباد من الذين لا يعرفون الأسعار ، وقيل لكل وارد على مكان وإن كان من مدينة . وتعريفه بالسعر كالبيع له ، فلا يجوز . واختلفوا فى شرائه له » .

لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا ، وأزيد فى ثمنها » . وجاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٠) : « والمعنى فى ذلك أنه متى تُرك البدوى يبيع سلعته ، اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر ، فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ، ضاق على أهل البلد . . . أنه يحرم بثلاثة شروط : (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادى ليتولى البيع له . (والثانى) أن يكون البادى جاهلا بالسعر . . . (والثالث) أن يكون قد جلب السلع للبيع . . . وذكر القاضى شرطين آخرين : (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها . (والثانى) أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه وضيق فى تأخر بيعه . وقال أصحاب الشافعى إنما يحرم بشروط أربعة ، وهى ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه ، فمتى اختل منها شرط لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام ، وقد صرح الخرقى ببطلانه . ونص عليه أحمد . . . فقال أكره ذلك وأرد البيع فى ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى أن البيع صحيح ، وهو مذهب الشافعى لكون النهى لمعنى فى غير المنهى عنه . ولنا أنه منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه » .

ويخلص من ذلك أن بيع الحاضر للبادى ينطوى على ضرب من الاحتكار . إذ البادى يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق . فيمسك السمسار السلعة ، ولا يعرضها فى السوق جملة واحدة ، بل يحبسها عن الناس وهم فى حاجة إليها . فيقل العرض ويشتد الطلب ، على وجه لا يخلو من الاصطناع والتهيؤ لاستغلال حاجة الناس ، فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من الثمن . وحكم هذا البيع بين أن يكون صحيحاً مكروهاً ، أو باطلا لا أثر له ، على خلاف تقدم بيانه .

§ ٣ — العربون

نصوص التقنينات المدنية العربية :

تنص المادة ١٠٣ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى : « (١) دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . (٢) فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من

قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » .

والتقنين المدنى السورى فى المادة ١٠٤ منه ، وكذلك التقنين المدنى الليبى فى المادة ١٠٣ منه ، يطابقان النص المتقدم من التقنين المدنى المصرى .

وتنص المادة ٩٢ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « (١) يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتًّا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . (٢) فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد ، كان لكل منهما حق العدول . فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً » .

ونرى من ذلك أن نصوص التقنينات المدنية العربية فى هذه المسألة متطابقة ، فيما عدا التقنين المدنى العراقى فإنه يجعل دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتًّا لا على أنه جزاء للعدول عن العقد .

العربون فى الفقه الغربى الحديث :

وتتلخص أحكام العربون فى الفقه الغربى الحديث ، نقلا عن الوسيط (جزء أول ص ٢٥٩ — ص ٢٦٤) ، على الوجه الآتى :

يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال يسمى العربون . وأكثر ما يكون ذلك فى عقد البيع وفى عقد الإيجار فيدفع المشترى للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة ، ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما فى العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء فى تنفيذه بدفع العربون . وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدلالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت . وغنى عن البيان أن كلتا الدلالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالته المفروضة ، وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

وقد أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد حسماً للخلاف والتردد ، بدلالة جواز

العدول ، ومن هنا كان العقد المقترن بعربون مرحلة غير باتة فى التعاقد النهائى ، إذ يجوز العدول عنه . وتبع التقنين المصرى فى ذلك كل من التقنين السورى والتقنين الليبى . أما التقنين العراقى فقد أخذ بدلالة التأكيد والبت ، فإذا اقترن العقد بعربون كان هذا دليلا على أن العقد قد أبرم على وجه بات فلا يجوز العدول عنه ، إلا إذا تبين أن المتعاقدين قد أرادا ، صراحة أو ضمناً ، أن يكون العربون جزاء للعدول عن العقد .

فإذا ثبت أن العربون ، فى أى من هذه التقنينات ، جزاء للعدول عن العقد ، ولم يعقد أحد من المتعاقدين فى خلال المدة التى يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه فى المدة التى يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر مقدار العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذى دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون ، فإنه يرده ويرد مثله للطرف الآخر . والالتزام بدفع قيمة العربون المترتب فى ذمة الطرف الذى عدل عن العقد ليس تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر . بل هو نزول عند إرادة المتعاقدين فقد جعلا العربون مقابلا لحق العدول . وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضى تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلا إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وعلى ذلك يمكن تكييف العربون الذى يدفع فى مقابل العدول عن العقد بأنه البدل فى التزام بدلى . ويكون المدين ملتزماً أصلا بالالتزام الوارد فى العقد ودائناً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون . ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصلى والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البدل ، لا عدول عنه فى جملته.

أما إذا ثبت أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، لم يجز لأحد من المتعاقدين العدول عن العقد ، بل كان لكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكماله . وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر .

ويتبين مما قدمناه أنه يمكن حصر مسائل العربون فى الفقه الغربى الحديث فيما يأتى :

أولا : العربون قد يكون دليلا على البت فى إبرام العقد أو على جواز العدول عنه .

ثانياً : فإذا كان دليلا على البت ، فقد أبرم العقد نهائياً ، ولا يجوز العدول عنه . ويعتبر العربون ، فى عقد البيع مثلا ، جزءاً من الثمن عجل دفعه . وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته ، أجبر على التنفيذ : البائع يجبر على تسليم المبيع ، والمشترى يجبر على دفع الثمن بعد خصم ما دفعه عربوناً .

ثالثاً : أما إذا كان دليلا على جواز العدول ، جاز لأى من المتعاقدين العدول عن العقد فى المدة المحددة لذلك . فإن عدل من دفع العربون فقده . وإن عدل من تسلم العربون رده ومعه مثله . وهذا وذاك دون أن يشترط وقوع ضرر ينجم عن هذا العدول ، وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى . فإذا لم يعدل أى من المتعاقدين عن العقد فى المدة المحددة ، أصبح العقد باتاً ، ووجب تنفيذه على الوجه المبين فيما تقدم .

العربون فى الفقه الإسلامى :

وحكم العربون فى الفقه الإسلامى غير متفق عليه . وأكثر المذاهب كلاماً فيه هو المذهب المالكى .

جاء فى الموطأ (جزء ٢ ص ٦٠٩ — ص ٦١١) فى شأنه ما يأتى :

« حدثنى يحيى عن مالك ، عن الثقة عنده ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العُربان[1] . قال مالك : وذلك ، فيما نرى والله أعلم ، أن يشترى الرجل العبد أو الوليدة ، أو يتكارى الدابة . ثم يقول للذى اشترى منه ، أو تكارى منه : أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل ، على أنى إن أخذت السلعة ، أو ركبت ما تكاريت منك ، فالذى أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة ، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة ، فما أعطيتك لك . باطل بغير شيء . . . قال مالك ، فى الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل ، ثم يندم البائع ، فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها إليه نقداً أو إلى أجل ، ويمحو عنه المائة دينار التى له . قال مالك : لا بأس بذلك » .

فالعربون — كما رأينا — يكون فى البيع وفى الإيجار . ففى البيع مثلا يعطيه المشترى للبائع ، على أن يكون محسوباً من الثمن إن أخذ المشترى السلعة ، وإلا فهو للبائع بغير شيء . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن مثل هذا البيع . وقد ورد فى الموطأ — كما رأينا — صورة أخرى تقرب من بيع العربون وليست إياه : ينعقد البيع باتًّا ، ثم يندم البائع ، فيعرض على المشترى أن يرد له الثمن أو يبرئه منه إن كان إلى أجل ومعه مقدار من المال فى مقابل التقايل من البيع . قال مالك : لا بأس بذلك . والفرق بين بيع العربون وهذا البيع أن جواز عدول البائع عن البيع بمقابل كان معتبراً منذ البداية فى بيع العربون ، وهذا احتمال يدخل فى العقد الغرر فيفسده ، أما البيع الثانى فقد انعقد باتًّا دون أن يدخله وقت انعقاده احتمال الرجوع فيه بمقابل ، فخلا من الغرر ، فانعقد صحيحاً ، ثم تقايل المتعاقدان باختيارهما فى مقابل مبلغ معين يعطيه البائع للمشترى .

ولذلك كان بيع العربون صحيحاً إذا كان العربون قد دفع على أن يكون جزءاً من الثمن إن تم البيع ، أو يرد إلى المشترى إن لم يتم . وقد جاء فى القوانين الفقهية

---

(١) العربان ، ويقال عربون وأربون ، قال ابن الأثير قيل سمى بذلك لأن فيه إعرابا لعقد البيع ، أى إصلاحا وإزالة فساد ، لئلا يملكه غيره باشترائه : وفى الذخيرة : العربان لغة ، أول الشيء .

لابن جزى (ص ٢٥٨ — ص ٢٥٩) فى هذا المعنى ما يأتى : « النوع الثالث (من البيوعات الفاسدة) بيع العربان ، وهو ممنوع إن كان على ألا يرد البائع العربان إلى المشترى إذا لم يتم البيع بينهما . فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع فهو جائز » . وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٣٦٩ — ص ٣٧٠) : « وكبيع العربان أن يعطيه شيئاً على أنه إن كره البيع لم يعد إليه . . . وفسره مالك فى موطئه بإعطاء البائع أو المشترى درهماً أو ديناراً على أنه إن أخذ المبيع فهو من الثمن ، وإلا بقى للبائع . أبو عمر ما فسره به مالك عليه فقهاء الأمصار لأنه غرر وأكل مال بالباطل . قال مالك : وأما من اشترى شيئاً وأعطى عرباناً ، على أنه إن رضيه أخذه وإن سخطه رده وأخذ عربانه فلا بأس به — ويقول الحطاب فى الشرح : قال ابن الحاجب ومنه بيع العربان ، وهو أن يعطى شيئاً على أنه إن كره البيع أو الإجارة لم يعد إليه . قال فى التوضيح : فرع فإن وقع البيع أو الكراء على ذلك فقال عيسى ابن دينار يفسخ ، فإن فاتت مضت بالقيمة اه . ونحوه فى الشامل ونصه : وفسخ إلا أن يفوت فبالقيمة » — وجاء فى الخرشى (جزء ٥ ص٧٨) : « وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع العربان ، وهو أن يشترى سلعة بثمن على أن المشترى يعطى البائع أو غيره شيئاً من الثمن على أن المشترى إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه ، وإن أحب البيع حاسبه به من الثمن ، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وغرر . قال عيسى ويفسخ العقد ، فإن فاتت مضت بالقيمة . ومثل قوله لم يعد إليه إذا كان يتركه له مجاناً ، وكلام المؤلف يصدق بهذه . ومثل البيع الإجارة فلا فرق بين الذوات والمنافع » . وجاء فى حاشية العدوى على شرح الخرشى (٥ ص ٧٨) : « وأما إن أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه ، وإن رضيه حاسبه به من الثمن ، فلا بأس . ويتحتم عليه إن كان لا يعرف بعينه ، لئلا يتردد بين السلفية والثمنية » — وجاء فى الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٦٣) : « وكبيع العربان ، اسم مفرد . ويقال أربان بضم أول كل ، وعربون وأربون بضم أولهما وفتحه . وهو أن يشترى أو يكترى السلعة ، ويعطيه ، أى يعطى المشترى البائع شيئاً من الثمن ، على أنه أى المشترى إن كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه ، وإن أحبه حاسبه به من الثمن ، أو تركه مجاناً ، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل . ويفسخ ، فإن فات مضى بالقيمة . فإن

أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه ، وإلا حاسب به ، جاز » . ويقول الدسوقى فى حاشيته على الدردير (جزء ٣ ص ٦٣) : « بيع العربان يجرى فى البيع والإجارة لا فى البيع فقط كما هو ظاهر المصنف ، والظاهر منعه فى جميع العقود لأنه من أكل أموال الناس بالباطل . وأولى منه فى المنع للعلة المذكورة المراهنة التى تقع من عوام الناس . قوله أو تركه مجاناً : كقول البائع للمشترى لا أبيعك السلعة إلا إذا أعطيتنى ديناراً آخذه مطلقاً ، سواء أخذت السلعة أو كرهت أخذها . قوله جاز : أى ويختم عليه إن كان لا يعرف بعينه ، قاله المواق ، لئلا يتردد بين السلفية والثمنية » . وجاء فى الشرح الصغير للدردير (الصاوى ٢ ص ٣٢) : « ويفسخ ، فإن فات مضى بالقيمة ويحسب منها العربون » . وجاء فى كتاب المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ صبرى (ص ٢١٢) : « قال الزرقانى شارح الموطأ : وهو (أى بيع العربون) باطل عند الفقهاء لما فيه من الشرط والغرر وأكل أموال الناس بالباطل . فإن وقع فسخ . فإن فات مضى ، لأنه مختلف فيه فقد أجازه أحمد . وروى عن ابن عمرو جماعة من التابعين إجازته ، ويرد العربان على كل حال . قال ابن عبد البر : ولا يصح ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من إجازته ، فإن صح احتمل أنه يحتسب على البائع من الثمن إن تم البيع ، وهذا جائز عند الجميع » .

هذه طائفة من النصوص نستطيع أن نستخلص منها الأحكام الآتية :

أولاً : هناك صورة من بيع العربون لا غرر فيها ، فيكون البيع صحيحاً ، وهى صورة ما إذا اشترى شيئاً وأعطى عرباناً ، على أنه إن كره البيع أخذه ، وإن رضيه حاسبه به من الثمن . قال مالك : فلا بأس به . وفى هذه الصورة يكون العربون جزءاً معجلا من الثمن إذا اختار المشترى إبرام البيع . أما إن كره البيع ولم يبرمه ، كان العربون فى يد البائع دون سبب ، فيرده إلى المشترى .

ثانياً : هناك صورة أخرى من بيع العربون فيها غرر ، فيكون البيع باطلا ، وهى صورة ما إذا اشترى شيئاً وأعطى عرباناً ، على أنه إن اختار البيع كان العربان جزءاً من الثمن ، وإن كره البيع بقى العربان حقاً للبائع ولم يرده للمشترى .

ثالثاً : فى الصورة المتقدمة ، التى يكون فيها البيع باطلا ، إذا كره المشترى البيع ، لم يجز للبائع أن يحتفظ بالعربون لبطلان العقد ، بل وجب عليه رده

للمشترى . كذلك إذا اختار المشترى البيع وأراد حساب العربون من الثمن ، فالظاهر من النصوص أن البيع يبقى باطلا ، ويفسخ ، ويكون على البائع أن يرد الثمن وما اشتمل عليه من العربون ، ويكون على المشترى أن يرد المبيع . فإن فات المبيع بهلاك أو نحوه ، حسب على المشترى ، لا بالثمن لأن البيع باطل ، بل بالقيمة . وهناك رأى يذهب إلى أن البيع فى هذه الحالة الثانية — حالة اختيار المشترى البيع — يكون صحيحاً ، ويحسب العربون من الثمن ، وهذا ما رواه عن ابن عمر وجماعة من التابعين ، وقد تقدم ذكر ذلك .

ونرى من ذلك أننا اقتربنا من الفقه الغربى بهذا الرأى الأخير ، فبيع العربون صحيح ويحسب العربون من الثمن ، غير أن المشترى إن كره البيع استرد العربون . وفى الفقه الغربى إن كره المشترى البيع فقد العربون .

ومذهب أحمد هو الذى يتفق مع الفقه الغربى فى الحالتين ، ففيه أن المشترى يفقد العربون إن كره البيع ، وإن اختاره حسب العربون من الثمن . وقد جاء فى الشرح الكبير على المقنع (المغنى جزء ٤ ص ٥٨ — ٥٩) فى هذا المعنى ما يأتى :

« وكذلك إذا قال المرتهن إن جئتك بحقك فى محله وإلا فالرهن لك ، فلا يصح البيع ، إلا بيع العربون ، وهو أن يشترى شيئاً ويعطى البائع درهماً ويقول إن أخذته ، وإلا فالدرهم لك . فقال أحمد : يصح لأن عمر فعله . وعند أبى الخطاب أنه لا يصح . . . والعربون فى البيع هو أن يشترى السلعة ويدفع إلى البائع درهماً أو أكثر ، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن ، وإن لم يأخذها فهو للبائع . يقال عُرْبون وَعرْبون وعُرْبان وأُرْبان . قال أحمد ومحمد بن سيرين لا بأس به ، وفعله عمر رضى الله عنه . وعن ابن عمر أنه أجازه . وقال ابن المسيب وابن سيرين : لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً . قال أحمد : هذا فى معناه . وقال أبو الخطاب لا يصح . وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ويروى عن ابن عباس والحسن . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون ، رواه ابن ماجة . ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبى ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول ، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح ، كما لو قال ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم .

قال شيخنا : هذا هو القياس ، وإنما صار أحمد فيه إلى ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية ، فإن رضى عمر وإلا فله كذا وكذا . قال الأثرم : قلت لأحمد تذهب إليه . قال أى شىء أقول هذا عمر رضى الله عنه ! وضعف الحديث المروى . روى هذه القصة الأثرم بإسناده . فأما إن دفع إليه قبل البيع درهماً وقال لا تبع هذه السلعة لغيرى ، وإن لم أشترها منك فهذا الدرهم لك ، ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم من الثمن ، صح ، لأن البيع خلا عن الشرط المفسد . ويحتمل أن الشراء الذى اشترى لعمر كان على هذا الوجه ، فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد بيع العربون . وإن لم يشتر السلعة فى هذه الصورة ، لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ، ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله ، لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن فى حال الشراء ، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما فى الإجارة » .

ويمكن أن نستخلص من النص المتقدم ما يأتى :

أولا : أن الذين يقولون ببطلان بيع العربون يستندون فى ذلك إلى حديث النبى عليه السلام الذى نهى عن بيع العربون ، ولأن العربون اشترط للبائع بغير عوض وهذا شرط فاسد ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول إذ اشترط المشترى خيار الرجوع فى البيع من غير ذكر مدة كما يقول ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم .

ثانياً : أن أحمد يجيز بيع العربون ويستند فى ذلك إلى الخبر المروى عن عمر وضعف الحديث المروى فى النهى عن بيع العربون ، وإلى القياس على صورة متفق على صحتها ، هى أنه لا بأس إذا كره المشترى السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً ، قال أحمد هذا فى معناه .

ثالثاً : ونرى أنه يستطاع الرد على بقية حجج من يقولون ببطلان بيع العربون . فالعربون لم يشترط للبائع بغير عوض ، إذ العوض هو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشترى وتفويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة . وليس بيع العربون بمنزلة الخيار المجهول ، إذ المشترى إنما يشترط خيار الرجوع

فى البيع مع ذكر مدة معلومة إن لم يرجع فيها مضت الصفقة وانقطع الخيار .

رابعاً : أن هناك صورتين أخريين تقربان من بيع العربون ، ومع ذلك تصححان دونه فى رأى من يقول ببطلانه . إحداهما ما قدمناه من بيع بات ، يتلوه تقايل يدفع المشترى فى مقابله شيئاً . والأخرى عقدان متتاليان فى الأول منهما يدفع المشترى إلى البائع قبل البيع درهماً ويقول له لا تبع هذه السلعة لغيرى وإن لم أشترها فالدرهم لك ، وفى الثانى يشتريها بعقد مبتدأ ويحسب الدرهم من الثمن . فهذا البيع — وهو العقد المبتدأ — صحيح لأنه انفصل عن العربون وصار عقداً مستقلا ، فخلا عن الشرط المفسد . وأحمد ، فى رأينا ، على حق فى تصحيحه لبيع العربون قياساً على هاتين الصورتين . بل إن الصورة الثانية — صورة العقدين المتتاليين عقد العربون وعقد البيع المبتدأ — يصعب فيها القول بأن المشترى إذا كره البيع لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض ، فقد قدمنا أن العوض هو تفويت المشترى للبائع فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة .

خامساً : بيع العربون الذى يقول أحمد بجوازه ، صورته أن يدفع المشترى العربون للبائع ، ثم يتركه له إذا كره البيع . ولا فرق بين هذه الصورة وصورة ما إذا كان البائع هو الذى له الخيار فى أن يعدل عن البيع ، فيرد العربون ومعه مثله . وكما قاس أحمد صورة بيع العربون الذى للمشترى فيه الخيار على صورة البات يتلوه تقايل يدفع المشترى مقابله شيئاً ، كذلك يمكن أن تقاس صورة بيع العربون الذى للبائع فيه الخيار على الصورة التى أوردها مالك فى الموطأ وهى أن يكون البيع باتاً ثم يندم البائع فيدفع للمبتاع شيئاً ويتقايل معه . وإذا أجزنا فى بيع العربون أن يكون الخيار للبائع أو المشترى ، جاز أيضاً أن يكون الخيار لكل من البائع والمشترى .

أما دلالة العربون عند الشك ، هل هى للبتات أو لجواز العدول فأمر يترك للعرف والعادة ، ففى الفقه الإسلامى العادة محكمة .

الفرع الثانى
صحة التراضى

الأهلية وعيوب الإرادة :

رأينا فيما قدمناه كيف يكون وجود التراضى ، وذلك بتطابق الإرادتين . ولا يكفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً ، فننتقل من وجود التراضى إلى صحته .

والتراضى فى الفقه الغربى لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم يكن مشوباً بعيب من عيوب الإرادة .

الأهلية فى البلاد العربية يسرى عليها قانون الأحوال الشخصية :

ولما كانت الأهلية فى البلاد العربية يسرى عليها قانون الأحوال الشخصية ، وكان هذا القانون فى الكثرة الغالبة من الأحوال هو نفس الفقه الإسلامى ، فما بنا حاجة لمقارنة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى فى مسائل الأهلية ، ما دام الفقه الغربى لا محل لتطبيقه فى هذه المسائل . ومن ثم ندع الأهلية ، ونقتصر على الكلام فى عيوب الإرادة .

عيوب الإرادة :

وعيوب الإرادة فى الفقه الغربى هى الغلط والتدليس والإكراه .

ويجب التمييز بين إرادة غير موجودة وإرادة معيبة . فالإرادة غير الموجودة هى مجرد مظهر خارجى لإرادة موهومة لا حقيقة لها . مثلُ ذلك الإرادة التى تصدر من المجنون أو الصبى غير المميز أو السكران أو الهازل ، فهذه الإرادة لا وجود لها ، لأن مناط الإرادة التمييز ، ومن ثم لم تتعلق بمحلها لانعدامها ، فكان العقد باطلاً لا وجود له . أما الإرادة المعيبة فهى إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره — وهذا هو الغلط والتدليس — أو غير حر فى إرادته — وهذا

هو الإكراه . فالإرادة المعيبة إرادة تعلقت بمحلها لأنها إرادة موجودة ، ولكنها ما كانت لتتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهى معيبة . والعقد فى حالة الإرادة المعيبة موجود منعقد ، لأن الإرادة موجودة وقد تعلقت بمحلها. ولكنه غير صحيح وقابل للإبطال ، فيجوز للمتعاقد الذى شاب إرادته العيب أن يبطله ، صيانة للإرادة من أن يشوبها العيب ، وحماية لصاحبها من أن يلتزم بعقد لم يرده إرادة صحيحة :

ولما كنا فى معرض المقارنة بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى فى عيوب الإرادة ، وجب أن نتكلم فى مسائل ثلاث :

(١) الغلط (٢) التدليس (٣) الإكراه .

المبحث الأول

الغلط

تمهيد

المعيار الذاتى فى الفقه الغربى والمعيار الموضوعى فى الفقه الإسلامى

§ ١ — الغلط فى الفقه الغربى

النظرية التقليدية :

يعرف الغلط عادة بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها .

وتقسم النظرية التقليدية فى الفقه الفرنسى الغلط إلى أنواع ثلاثة : نوع يجعل العقد باطلا ، وآخر يجعل العقد قابلا للإبطال ، وثالث لا يؤثر فى صحة العقد .

فالنوع الذى يجعل العقد باطلا هو الغلط المانع . ويقع فى ماهية العقد ،

كمن يبيع شيئاً من آخر والآخر يعتقد أن العقد هبة . ويقع كذلك فى ذاتية المحل ، كما لو باع شخص من آخر داره فى الإسكندرية والمشترى يعتقد أنه يشترى دار البائع التى فى القاهرة .

والنوع الذى يجعل العقد قابلا للإبطال إما غلط يقع فى مادة الشيء محل الالتزام الناشئ من العقد ، وإما غلط يقع فى شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . ومادة الشيء (substance même de la chose) هى مجموع الخصائص التى تدخله فى جنس معين ، وتميزه عن الأجناس الأخرى . فمن اشترى — كما يقول بوتييه — ثريا (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة ، وهو يعتقد أنها من فضة خالصة ، يكون قد وقع فى غلط فى مادة الشيء ، ومثل الغلط الذى يقع فى شخص المتعاقد أن يتعاقد شخص مع أحد الفنانين ، وهو يعتقد أنه يتعاقد مع فنان آخر .

والنوع الذى لا يؤثر فى صحة العقد هو غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام ، أو غلط فى شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد ، أو غلط فى قيمة الشيء محل الالتزام ، أو غلط فى الباعث على التعاقد .

النظرية الحديثة :

ولكن القضاء فى فرنسا — وتبعه الفقه الفرنسى المعاصر — لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . فقد استبعد النوع الأول ، وهو الغلط المانع الذى يجعل العقد باطلا ؛ لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، واستبدل فيهما بمعيار موضوعى معياراً ذاتياً .

فالغلط فى مادة الشيء مثلا معيار موضوعى محض ، هجره القضاء والفقه إلى معيار ذاتى هو الأوصاف الرئيسية التى اعتبرها المتعاقدان فى الشيء ، واستبدلت بعبارة « مادة الشيء » عبارة « الصفة الجوهرية فى الشيء » . كذلك الغلط فى القيمة أو الغلط فى الباعث قد يكون غلطاً جوهرياً يؤثر فى صحة العقد .

ومن ثم أصبح الغلط يؤثر فى صحة العقد أو لا يؤثر تبعاً لما إذا كان غلطاً جوهرياً أو غير جوهرى . والغلط الجوهرى هو الذى يبلغ فى نظر المتعاقد الذى وقع

فى الغلط حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو كان على بينة من أمره ولم يقع فى الغلط ، سواء فى ذلك أن يقع الغلط فى الشىء أو فى الشخص أو فى القيمة أو فى الباعث .

فإذا اشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخى ، واعتقد فى الوقت ذاته أنه مصنوع من الذهب ، فتبين أنه أثرى ولكنه مصنوع من « البرونز » ، لم يؤثر هذا الغلط فى صحة العقد ، وإن كان قد وقع فى مادة الشىء . ذلك أن الصفة الجوهرية التى اعتبرها المتعاقدان فى الشىء هى أنه أثرى ، لا أنه من ذهب ، وقد تبين أنه أثرى . أما إذا تبين أنه غير أثرى ، فالغلط يجعل العقد قابلا للإبطال ، حتى لو ثبت أن المبيع مصنوع من الذهب .

والغلط فى شخص المتعاقد لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته، وكانت هذه الذات أو الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد[1]. مثل ذلك الغلط فى شخص الوكيل ، أو المزارع ، أو الشريك ، أو الموهوب له إذا اعتقد الواهب عن غلط أن له به قرابة ، أو المستأجر إذا ثبت أنها امرأة سيئة السلوك .

والغلط فى القيمة قد يكون جوهرياً ، فيجعل العقد قابلا للإبطال ، كما إذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة .

كذلك الغلط فى الباعث قد يكون جوهرياً هو أيضاً . فمن باع شيئاً وهو يعتقد أنه مريض مرض الموت ، ثم يشفى ، لا يستطيع الطعن فى البيع بأنه صدر فى مرض الموت ، إذ الحق فى هذا الطعن مقصور على الورثة . ولكنه يستطيع الطعن فى العقد بالغلط فى الباعث ، لأنه إنما تعاقد مدفوعاً باعتقاده أنه فى مرض الموت وما كان ليبيع لو علم أنه سيشفى .

كيف ينضبط التعامل فى مواجهة المعيار الذاتى فى الغلط — اتصال المتعاقد الآخر بالغلط :

ومنذ انقلب معيار الغلط معياراً ذاتياً على هذا النحو ، فقد وجب ألا ينفرد به المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، دون أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه ،

وإلا تزعزع التعامل ولم ينضبط ، إذ لا يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار ، بادعاء صاحبه أنه وقع فى غلط لا علم للآخر به . ومن ثم كان الواجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط حتى ينضبط التعامل . فإما أن يكون مشتركاً فى الغلط ، وإما أن يكون غير مشترك فيه ولكنه يعلم به أو يستطيع أن يعلم به . فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو ، أصبحتُ لا تتنافى مع استقرار التعامل . ذلك أن المتعاقد الذى وقع فى الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلا للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد . فقد ثبت أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الأولى حسن النية ، ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد . وهو فى الثانية سيئ النية ، وإبطال العقد جزاء حق لسوء نيته . وهو فى الثالثة مقصر ، وتعويض التقصير إبطال العقد . أما إذا كان المتعاقد الآخر غير مشترك فى الغلط ولا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه فالعقد صحيح ، ولا عبرة بالغلط الفردى الذى وقع فيه المتعاقد الأول ولم يتصل به المتعاقد الآخر بوجه من الوجوه . وهنا نكون قد ضحينا بإرادة المتعاقد الحقيقية فى سبيل استقرار التعامل ، وأقمنا العقد على أساس من الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة .

ونطبق هذا المبدأ على الأمثلة المتقدمة :

إذا كان الغلط فى صفة جوهرية فى الشيء هو أنه أثرى ، لم يستطع من اشتراه أن يبطل البيع إلا إذا أثبت أن الشيء غير أثرى ، وأن البائع فى الوقت ذاته كان مشتركاً معه فى الغلط معتقداً مثله أن الشيء أثرى ، أو كان على بينه من أن الشيء غير أثرى ومع ذلك كان يعلم ، أو كان من السهل عليه أن يعلم ، أن المشترى إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يعتقد أن الشيء أثرى . وإثباتُ كل ذلك يكون يسيراً ، لو عنى المشترى وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشترى الشيء لأنه أثرى ، فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والملابسات ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التى اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار فى الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط فى الشخص ، كمن يهب مالا لذى قرابة ، لم يستطع الواهب

أن يبطل الهبة إلا إذا أثبت أن الموهوب له ليس بقريب وقد تقبل الهبة مع ذلك معتقداً أن له قرابة بالواهب ، أو متبيناً أن الواهب إنما اندفع إلى الهبة معتقداً عن غلط بهذه القرابة ، أو كان يسهل عليه أن يتبين ذلك من ظروف وملابسات يفهم منها الشخص العادى أن الهبة لم تكن لتصدر لولا اعتقاد الواهب أن الموهوب له تربطه به صلة القرابة .

وإذا كان الغلط فى القيمة ، كمن باع السهم الذى ربح الجائزة بقيمته الفعلية ، فإن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن البائع كان يجهل ربح الجائزة ، وعلى أن المشترى كان إما مشتركاً فى هذا الغلط ، وإما عالماً به . وإما مستطيعاً أن يعلم به .

وإذا الغلط فى الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه فى مرض الموت ثم يشفى ، فعلى البائع أن يثبت أنه كان يعتقد أنه فى مرض الموت ، وأن المشترى كان يعتقد ذلك مثله ، أو كان يعلم أو يسهل عليه أن يعلم بغلط البائع . وقد تقوم تفاهة الثمن أو صوريته مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

امتزاج المعيارى الموضوعى بالمعيار الذاتى فى الفقه الجرمانى :

وقد مزج الفقه الجرمانى — من أجل استقرار التعامل دائماً — المعيار الموضوعى بالمعيار الذاتى فى التعرف على الصفة الجوهرية التى اعتبرها الطرفان المتعاقدان فى الشىء . فذهب إلى أن صفة الشىء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل وهذا هو المعيار الذاتى ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية وفقاً لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية ، وهذا هو المعيار الموضوعى . فالظروف الموضوعية للعقد ، ووجوب أن يسود التعامل حسن النية ، يهديان — إذا لم نهتد من طريق آخر — إلى التعرف على نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر فى الآثار قطعة ظنها أثرية ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشترى أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر فى الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن

النية ، فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها ممن يتجر فى الآثار ، بل كان الواجب على هذا التاجر أن ينبه المشترى إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك ، وإلا فإنه يكون مشتركاً معه فى الغلط .

نصوص التقنينات المدنية العربية :

وعلى هذه النظرية الحديثة فى الغلط ، التى تمتزج فيها المعايير الذاتية بالمعايير الموضوعية ، قامت نصوص التقنينات المدنية العربية .

التقنين المدنى المصرى : فنصت المادة ١٢٠ من التقنين المدنى المصرى على أنه « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » . ونصت المادة ١٢١ على أنه « ١ — يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . ٢— ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (ا) إذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

التقنين المدنى السورى : والمادتان ١٢١ و ١٢٢ من التقنين المدنى السورى تطابقان المادتين ١٢٠ و ١٢١ من التقنين المدنى المصرى فى النصوص المتقدمة الذكر .

التقنين المدنى الليبى : وكذلك المادتان ١٢٠ و ١٢١ من التقنين المدنى الليبى تطابقان المادتين ١٢٠ و ١٢١ من التقنين المدنى المصرى .

التقنين المدنى العراقى : وقد أخذ التقنين المدنى العراقى أيضاً بالنظرية الحديثة فى الغلط ، موافقاً بينها وبين الفقه الإسلامى الذى سنبسط أحكامه فيما يلى : وسنورد نصوص هذا التقنين بعد بسط أحكام الفقه الإسلامى .

تقنين الالتزامات اللبنانى : ونصت المادة ٢٠٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يعد الرضا متعيباً فقط والعقد قابلا للإبطال : أولا : إذا كان الغلط

يتناول صفات الشيء الجوهرية . ثانياً : إذا كان الغلط يتناول هوية الشخص أو صفاته الجوهرية فى العقود المنظور فى إنشائها إلى شخص العاقد . ثالثاً : إذا كان الغلط يتناول فاعلية سبب الموجب (كإنشاء عهد من أجل موجب سابق كان يظن أنه مدنى مع أنه كان طبيعياً فقط) » . ونصت المادة ٢٠٥ على أنه « لا يمس الغلط صحة العقد إذا لم يكن هو العامل الدافع إليه . وخصوصاً إذا كان هذا الغلط يتناول : أولا : الصفات العرضية أو الثانوية للشيء أو للشخص . ثانياً : قيمة الشيء فيما عدا حالة الغبن الفاحش (المادة ٢١٤) . ثالثاً : مجرد البواعث التى حملت فريقاً من المتعاقدين على التعاقد . رابعاً : أرقاماً أو حساباً ، وحينئذ يكون التصحيح واجباً قانوناً ، على أن العقد يبقى صالحاً » . ونصت المادة ٢٠٧ على أن « الغلط الواقع على صفات الشيء الجوهرية لا يكون هداماً للعقد إلا إذا كان صادراً من قبل الفريقين وداخلا فى الاشتراط . أما الغلط الواقع على الشخص فيعتد به وإن كان صادراً عن فريق واحد فقط » .

§ ٢ ــ الغلط فى الفقه الإسلامى

معايير الغلط فى الفقه الإسلامى موضوعية :

والفقه الإسلامى ــ كما نعلم ــ ذو نزعة موضوعية واضحة . ولذلك استعصى على الغلط ــ وهو شيء نفسي ذاتى ــ أن يجد له فى الفقه الإسلامى مكاناً موحداً يلم شعثه ويجمع شتاته فانتشرت نظرية الغلط فى جوانبه متفرقة مبعثرة . فهناك خيار الوصف ، وهناك خيار العيب ، ويتقدم ذلك خيار الرؤية . ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض ، وألا صلة فيما بينها ، مع أنها جميعاً تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط على ما سنرى . وهمّ الفقهاء فى كل ذلك منصرف إلى استقرار التعامل وانضباطه بقدر ما هو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين . فنظرية الغلط فى الفقه الإسلامى ، فوق أنها مبعثرة ، يتنازعها عاملان متعارضان : استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية . ومن ثم كانت المعايير السائدة فيها هى معايير موضوعية ، يجرى فى خلالها تيار الإرادة الحقيقية يشق طريقه وسط هذه المعايير .

تدرج عيوب الإرادة فى الفقه الإسلامى :

ويلاحظ أن عيوب الإرادة – الغلط والتدليس والإكراه – تتدرج صاعدة من الذاتية إلى الموضوعية . فالغلط هو أشد هذه العيوب ذاتية ، لأنه وهم يقوم بالنفس . . . ثم يليه التدليس ، فهو وهم يقوم بالنفس كالغلط ، ولكن يصاحبه طرق احتيالية خارجية . وهذا ما يجعل التدليس يتدرج بقدر معين من الذاتية إلى الموضوعية . ويلى التدليس فى التدرج الإكراه . فهو رهبة تقوم بالنفس ، ولكن مصدر هذه الرهبة يكون فى العادة شيئاً مادياً ، فيسير الإكراه بذلك خطوة أبعد من التدليس نحو الموضوعية .

والفقه الإسلامى – ونزعته موضوعية كما قدمنا – يعتد بهذه العيوب جميعاً ولكن بترتيب عكسى فأكثر ما يعتد به الإكراه ، حتى عقد له باباً قائماً بذاته يتميز به عن سائر الموضوعات . ويعتد بعد الإكراه بالتدليس ، فالتدليس له قوام فى الفقه الإسلامى ، بل هو معروف فى بعض المذاهب بهذا الاسم بالذات . والغلط هو فى الفقه الإسلامى أقل عيوب الإرادة بروزاً ، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية .

أنواع الغلط فى الفقه الإسلامى :

ونجارى ترتيب الفقه الغربى فى الكلام عن الغلط فى الفقه الإسلامى . فهناك غلط فى الشىء ، وهو أهم أنواع الغلط وأكثرها عموماً وبروزاً ، إذ تجتمع فيه الخيارات الثلاثة : خيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية[1] . ثم إن هناك غلطاً فى الشخص ، وغلطاً فى القيمة ، وغلطاً فى القانون[2] . ونفرد الغلط فى الشىء بمكان خاص لأهميته ، ونبحث بعد ذلك الأنواع الأخرى من الغلط .

---

(١) قارن الأستاذ شفيق شحاتة فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ١٤٥ – ص١٤٧ – وانظر الأستاذ بدرو ديب فى نظرية الباعث فى المذهب الحنفى (بالفرنسية – باريس سنة ١٩٥٢) وبخاصة ص ١٢٩ – ص ١٣٠ – وانظر الأستاذ شكرى قرداحى فى القانون والأخلاق (بالفرنسية) الجزء الثانى سنة ١٩٥٤ ص ٣٤ – ص ٣٩ .

(٢) وندع جانباً الغلط فى الباعث ، وهو أشد أنواع الغلط اتصالا بالعوامل النفسية ، إلى حين الكلام فى نظرية السبب فى الفقه الإسلامى .

المطلب الأول
الغلط فى الشىء

نتابع هنا أيضاً ترتيب الفقه الغربى . فنتكلم فى الغلط الجوهرى ، ثم فى التنازع ما بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية .

§ ١ – الغلط الجوهرى

الغلط المانع وفوات الوصف المرغوب فيه :

يعرف الفقه الإسلامى الغلط المانع وفوات الوصف المرغوب فيه ، وكلاهما غلط فى الشىء ، ويميز بينهما تمييزاً دقيقاً .

(ا) الغلط المانع

اختلاف الجنس أو اتحاده مع تفاحش التفاوت :

إذا وقع الغلط فى جنس الشىء ، بأن اعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر ، فإن هذا الغلط يمنع من انعقاد العقد ، لأن المحل يكون معدوماً مثل ذلك أن يبيع ياقوتاً أو ماساً فإذا هو زجاج أو يبيع حنطة فإذا هى شعير . كذلك إذا باع حنطة فإذا هى دقيق ، أو هى خبز ، يكون الغلط واقعاً فى الجنس ، إذ الحنطة والدقيق والخبز أجناس مختلفة وإن كانت مادتها واحدة ، فمن غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك لأن الحنطة تصير بالطحن شيئاً آخر . وإذا باع ثوباً هروياً فإذا به مروى ، أو قزاً فإذا به خز ، اختلف الجنس وكان الغلط مانعاً .

وحتى إذا اتحد الجنس ، ولكن التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد كان تفاوتاً فاحشاً ، فإن الغلط يكون هنا أيضاً غلطاً مانعاً . فإذا باع داراً من آجر فإذا بها من لبن ، أو ثوباً مصبوغاً بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران إذ العصفر

والزعفران يختلفان فى اللون اختلافاً فاحشاً فهنا اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت فيكون فى حكم اختلاف الجنس ، أو هما جنسان مختلفان فى المعنى فالتحقا بمختلفى الجنس فى الحقيقة . بل ليس الجنس فى الفقه كما يقول صاحب فتح القدير — إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً ، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتى . ومن ثم يكون الغلط مانعاً سواء كان الجنس مختلفاً أو كان متحداً مع تفاحش فى التفاوت . وإذا باع عبداً فإذا به جارية ، فهنا أيضاً تفاحش التفاوت وإن اتحد الجنس ، فيكون الغلط مانعاً . ويذهب زفر إلى أن التفاوت هنا ليس بفاحش ، فبنو آدم جنس واحد ذكورهم وإناثهم كسائر الحيوان ، فالبيع جائز وفيه خيار الوصف .

وحكم الغلط المانع هو أن يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلا كما رأينا . وهناك رأى يذهب إلى أن العقد يكون فاسداً لا باطلا . فالقائلون بالبطلان يعتبرون البيع وقع على معدوم ، وبيع المعدوم باطل . والقائلون بالفساد — وهو اختيار الكرخى — يعللون ذلك بأن الغلط يأتى من تسمية جنس والإشارة إلى غيره ، ومن باع شيئاً سماه وأشار إلى غيره يصير كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد .

النصوص الفقهية :

ونورد بعضاً من النصوص الفقهية التى استخلصنا منها الأحكام المتقدمة . جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٣ ص ١٢ — ص ١٣) : « وإذا اشترى فصاً على أنه ياقوت . . . إن كان المشار إليه زجاجاً فالبيع فاسد لانعدام المجانسة ، وإن استهلكه المشترى فعليه قيمته لأنه استهلك ملك الغير بغير إذنه . . . وكذلك لو اشترى ثوباً على أنه هروى فإذا هو من صنف آخر فهو فاسد ، لأن الثياب أجناس مختلفة . ولو اشترى شخصاً على أنه عبد فإذا هو جارية ، فالبيع فاسد عندنا . وقال زفر جائز ، وللمشترى الخيار ، لأن بنى آدم جنس واحد ذكورهم وإناثهم كسائر الحيوان ، ولو اشترى بقرة على أنها أنثى فإذا هى ثور كان البيع جائزاً ، وكذلك الإبل والبقر والغنم ، فكما يتفاوت المقصود هنا فى بنى آدم بين الذكور والإناث يتفاوت هناك ، يوضحه أنه لو اشترى عبداً على أنه تركى فإذا هو

رومى أو سندى جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالية . وحجتنا فى ذلك أن الذكور والإناث من بنى آدم فى حكم جنسين ، لأن ما هو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاد وشىء من ذلك لا يحصل بالغلام، فكان التفاوت بينهما فى المقصود أبلغ من التفاوت بين الحنطة والشعير وبين الهروى والمروى من الثياب ؛ وبه فارق سائر الحيوانات لأن ما هو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت فى الذكور والإناث ، وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه ؛ وإنما التفاوت فى صفة المقصود لا أصله فكان جنساً واحداً ، كذلك ذكر فى الأصل والله أعلم » .

وجاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ١٣٤) : « ولو باع شيئاً معيناً وسماه باسم آخر ، بأن قال بعتك هذا الثوب على أنه هروى فإذا هو مروى ، لا يجوز البيع ، لأن الهروى مع المروى جنسان مختلفان لاختلاف الصفة ، ثم اختلفوا أنه باطل أو فاسد . قال بعضهم هو باطل لا يملك بالقبض ، وذكر الكرخى رحمه الله تعالى أنه فاسد . ولو باع فصًّا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج ، أو أشار إلى مملوك فقال بعتك هذا الغلام فإذا هو جارية، كان البيع باطلا، لأنهما جنسان مختلفان فيكون هذا بيع المعدوم » .

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٠٦) : «وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش ، كان أيضاً كاختلاف الجنس ، فيكون البيع باطلا . . . بل ليس الجنس فى الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً ، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتى . . . والمعتبر فى أنها جنسان أو جنس واحد تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس ، أو قريباً فيكون من الجنس الواحد ، دون اختلاف الأصل يعنى الذاتى . ولذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد أصلهما، بفحش تفاوت الغرض منهما . . . ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصًّا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج ، فالبيع باطل » .

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٣٩ — ص ١٤٠) : « وعلى هذا يخرج إذ قال بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج ، أو قال بعتك هذا الفص على أنه ياقوت

بكذا فإذا هو زجاج ، أو قال بعتك هذا الثوب الهروى بكذا فإذا هو مروى ، أو قال بعتك هذا الثوب على أنه مروى فإذا هو هروى ، لا ينعقد البيع فى هذه المواضع لأن البيع معدوم . . . وكذا لو باع داراً على أن بناءها أجرّ فإذا هو لبِن لا ينعقد ، لأنهما يتفاوتان فى المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالجنسين المختلفين . وكذا لو باع ثوباً على أنه مصبوغ بعصفر ، فإذا هو مصبوغ بزعفران ، لا ينعقد ، لأن العصفر مع الزعفران يختلفان فى اللون اختلافاً فاحشاً . . وكذا لو باع حنطة فى جولق فإذا هو دقيق ، أو شرط الدقيق فإذا هو خبز ، لا ينعقد ، لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان ، وكذا الدقيق مع الخبز . ألا ترى أن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك ، دل أنها تصير بالطحن شيئاً آخر ، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٥٣) : « ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس ، يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لأنه معدوم ، وبيع المعدوم لا يجوز إلا فى السلم . وقال بعضهم إنه فاسد ، وهو اختيار الكرخى ، لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره ، فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره ، وذلك فاسد . والإجارة مثل البيع لأنها تبطل بالشرط الفاسد . والنكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد » .

مقارنة بالفقه الغربى :

ويتبين مما تقدم أن الغلط المانع فى الفقه الإسلامى أوسع منه فى الفقه الغربى . فالغلط يكون مانعاً فى الفقه الإسلامى حتى لو اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت فى المنفعة ، كما رأينا . أما فى الفقه الغربى ، فقد يتفاحش التفاوت فى المنفعة ، بل قد يختلف الجنس — يشترى شيئاً من فضة فإذا به من «برونز» — ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من تكوين العقد ، ويقتصر على جعله قابلا للإبطال .

(ب) فوات الوصف المرغوب فيه

التفاوت فى المنفعة دون تفاحش :

أما إذا اتحد الجنس ، ولكن تفاوتت المنفعة دون تفاحش فى التفاوت ، فإن الأمر يكون إذن مقتصراً على فوات وصف مرغوب فيه . فينعقد البيع صحيحاً نافذاً فى هذه الحالة ، ولكنه يكون غير لازم ، إذ يثبت فيه خيار الوصف .

فإذا باع ياقوتاً أحمر فإذا هو أصفر ، أو عبداً كاتباً فإذا هو غير كاتب أو هو خابز ، أو باع بقرة فإذا هى ثور ، أو كبشاً فإذا هو نعجة ، أو كتاباً لمؤلف معين فإذا هو كتاب لمؤلف آخر ، أو داراً فيها بناء فإذا هى ليس فيها هذا البناء ، أو ثوباً سداه من قز فإذا هو من خز (أما فى اللحمة فإن الاختلاف يكون فى الجنس) ، أو ثوباً بطانته أو حشوه من صوف فإذا هى من قطن (أما فى الظهارة فالاختلاف يكون فى الجنس) ، كان البيع فى جميع هذه الأحوال صحيحاً لأن الغلط فى المبيع لم يغير من جنسه ، بل لم يتفاحش التفاوت فى المنفعة بين ما طلبه المشترى وحقيقة المبيع . ولكن يثبت للمشترى خيار الوصف لأنه اشترى المبيع بوصف مرغوب فيه ، ففوات هذا الوصف عليه يجعل له الخيار .

النصوص الفقهية :

وهذه هى بعض النصوص الفقهية التى تستخلص منها الأحكام المتقدمة . جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ١٤٠ — ص ١٤١) : « وكذا لو اشترى كتاباً على أنه كتاب النكاح من تأليف محمد رحمه الله تعالى فإذا هو كتاب الطلاق أو كتاب الطب أو كتاب النكاح لا من تأليف محمد رحمه الله تعالى ، قالوا يجوز البيع لأن الكتاب هو السواد على البياض وذلك جنس واحد وإنما تختلف أنواعه وهو لا يمنع الجواز . ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هى معز ، جاز البيع ويخير المشترى . ولو اشترى بعيراً على أنه خراسى فلم يجده خراسياً ، كان له أن يرده ، كذا فى فتاوى قاضيخان . . . وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالف

فى الصفة ، فالعقد جائز وللمشترى الخيار إذا رآه ، كما لو اشترى فصًّا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أصفر ، كذا فى المحيط . اشترى قلنسوة على أن حشوها قطن ، ففتقها المشترى فوجد الحشو صوفاً ، اختلفوا فيه : قال بعضهم يفسد البيع فيردها المشترى ويرد معها نقصان الفتق ، وقال بعضهم يجوز البيع ويرجع بالنقصان ، وهذا أصح هكذا فى الظهيرية . ولو باع جبة على أن ظهارتها كذا وبطانتها كذا وحشوها كذا ، فوجد الظهارة على ما شرط والبطانة والحشو على خلافه ، فالبيع جائز ويتخير المشترى ، وإن كانت الظهارة من غير ما شرط ، فالبيع باطل . وإذا باع قباء على أن بطانته هروى فإذا هى مروى فالبيع جائز ويتخير المشترى ، وكذلك إذا قال حشوه قز فإذا هو قطن ، كذا فى المحيط » .

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٤٠) : وإذا قال بعتك هذا الثوب القز فإذا هو مُلْحَم ، ينظر إن كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد ، وإن كان لحمته من القز فالبيع جائز ، لأن الأصل فى الثوب هو اللحمة . . . فإذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس . . . وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف . . . إلا أنه يثبت الخيار للمشترى لأن كون السدى منه أمر مرغوب فيه » . ولو قال بعتك هذه الدار على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها ، فالبيع جائز والمشترى بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أنه لا ينعقد ، ووجه الفرق أن الآجر مع اللبن يتفاوتان فى المنفعة تفاوتاً فاحشاً فالتحقا بمختلفى الجنس على ما بينا فيما تقدم » .

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٠١) : « ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصًّا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل ، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير . كما إذا باع عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب ، كذا ذكره المصنف ، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز ، كأن المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة التى ظهرت خيراً من الصفة التى عينت أولا فى ثبوت الخيار كما أطلق فى المحيط ثبوت الخيار ، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص ، وصحح الأول

لفوات غرض المشترى فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التى عينها لا بما ليس غرضاً له الآن»[1] .

مقارنة بالفقه الغربى :

ويتبين مما تقدم أن فوات الوصف المرغوب فيه فى الفقه الإسلامى تستغرقه الصفة الجوهرية فى الفقه الغربى دون أن تقف عنده . فكل وصف مرغوب فيه يمكن أن يندرج تحت الصفة الجوهرية . ولكن الصفة الجوهرية تتسع كما رأينا ، لأكثر من الوصف المرغوب فيه وتمتد فى بعض تطبيقاتها إلى منطقة الغلط المانع .

ويتضح من ذلك أن الغلط فى الشىء ليس ، فى الفقه الإسلامى ، بأقل أثراً فى سلامة العقد منه فى الفقه الغربى ، بل لعله يكون أبلغ أثراً . فقد رأينا أن اختلاف الجنس أو اتحاده مع تفاحش التفاوت قد لا يكون فى الفقه الغربى أكثر من غلط فى صفة جوهرية ، فيقتصر على جعل العقد قابلا للإبطال . وهو فى الفقه الإسلامى يجعل العقد باطلا ، أو فاسداً فى بعض الأقوال .

§ ٢ – التنازع ما بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية

حالات ثلاث :

فى كل ما قدمناه لم ننظر للغلط إلا من حيث إنه يعيب الإرادة الحقيقية للعاقد . ولكن احترام الإرادة الحقيقية هو أحد اعتبارين يعنى بهما المشرع . والاعتبار الثانى هو استقرار التعامل . وكل من هذين الاعتبارين يتعارض مع الاعتبار الآخر .

---

(١) انظر أيضاً المجلة المواد ٧٢ و ٢٠٨ و ٣١٠ و ٣١٢ – مرشد الحيوان م ٣٠١ و م ٣٨١ . وانظر فى تصرفات أخرى غير البيع ؛ البدائع جزء ٦ ص ٢٣ (الوكالة) و ص ١٧٨ (المزارعة) – وجزء ٧ ص ١٣٨ – ص ١٣٩ (المكاتبة) وص ١٨٩ (الإبراء) وص ٣٣٥ (الوصية) . وانظر فى الوكالة أيضا فتح القدير ٧ ص ٢٧ – ص ٢٨ – مجمع الأنهر ٢ ص ٢٢٧ – مرشد الحيران م ٩١٠ – وانظر فى الإيجار البدائع ٤ ص ١٨١ – البحر الرائق ٨ ص ١٦ – ص ١٧ و ص ٣٦ – ص ٣٧ – فتح القدير ٨ ص ٦٠ ، ابن عابدين ٥ ص ٤ و ص ٢٤ – مرشد الحيران م ٥٦٧ .

فاحترام الإرادة الحقيقية قد ينتهى إلى التضحية باستقرار التعامل ، واستقرار التعامل قد يتنافى مع احترام الإرادة الحقيقية . والفقه الإسلامى وقف ما بين الاعتبارين موقفاً معتدلا ، هو أقرب إلى موقف القوانين الجرمانية (وهى لا تضحى استقرار التعامل فى سبيل احترام الإرادة الحقيقية) منه إلى موقف القوانين اللاتينية (وهى أكثر ميلا إلى إيثار الإرادة الحقيقية على استقرار التعامل) .

فالفقه الإسلامى ، حيث يخشى الزعزعة والتقلقل فى التعامل ما بين الناس ، يضحى بالإرادة الحقيقية ، فلا يعتد بالغلط ، وذلك حتى يكفل استقرار التعامل . وحيث يطمئن إلى أن استقرار التعامل مكفول ، يعنى باحترام الإرادة الحقيقية ، ويعتد عندئذ بالغلط .

ونستعرض حالات ثلاثاً :

١ — فى الأولى منها لا يكشف المتعاقد عن إرادته الحقيقية ولا تكون هذه الإرادة مكشوفة ، فلا يعتد الفقه الإسلامى بها ولا بما يشوبها من الغلط ، لأنها بقيت محجوبة عن التعاقد الآخر فلم يكن له من سبيل للتعرف عليها . وعند ذلك يكون العاقد الآخر غير عالم بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . وفى هذا لا يزيد الفقه الإسلامى على الفقه الغربى فى عدم الاعتداد بالغلط .

٢ — وفى الثانية يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية أو تكون هذه الإرادة مكشوفة ، فيعتد الفقه الإسلامى بها وبما يشوبها من الغلط ، لأن هذه الإرادة انكشفت للعاقد الآخر أو كان يستطيع أن يتبينها . وعند ذلك يكون العاقد الآخر عالماً بالغلط ، أو يسهل عليه أن يتبينه . وفى هذا لا يقل الفقه الإسلامى عن الفقه الغربى فى الاعتداد بالغلط .

٣ — وفى الثالثة يعتد الفقه الإسلامى بالإرادة الحقيقية وبما يشوبها من الغلط ، سواء انكشفت هذه الإرادة للعاقد الآخر أو لم تنكشف وفى هذا يزيد الفقه الإسلامى عن الفقه الغربى فى الاعتداد بالغلط .

(ا) عدم الاعتداد بالغلط لأن العاقد لم يكشف عن إرادته ولم تكن هذه الإرادة مكشوفة

لا يعتد بالغلط إذا استقل به أحد العاقدين :

وإذا وقع أحد العاقدين فى غلط ، ولكنه لم يكشف عن إرادته الحقيقية للعاقد الآخر ، فلم يعلم الآخر بهذا الغلط ، فإن الغلط فى هذه الحالة يكون شيئاً مستتراً مستكناً فى ضمير العاقد الذى وقع فى الغلط . فما ذنب العاقد الآخر لو أننا اعتددنا بالغلط ، ونقضنا العقد من أجله ! وكيف يستقر التعامل بين الناس إذا نحن فعلنا ذلك ! لا شك فى أن الواجب هنا هو إيثار استقرار التعامل على احترام الإرادة الحقيقية ، فلا يعتد بالغلط . وهذا ما فعله الفقه الغربى . وهذا هو أيضاً ما يبدو أن الفقه الإسلامى قد فعله ، وبخاصة إذا لاحظنا أنه فقه ذو نزعة موضوعية واضحة .

ونأتى ببعض النصوص الفقهية فى هذه المسألة . جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٤٦٦) : « سئل مالك عمن باع مصلى ، فقال المشترى أتدرى ما هذا المصلى هى والله خز ، فقال البائع ما علمت أنه خز ، ولو علمت ما بعته بهذا الثمن . قال مالك هو للمشترى ، ولا شىء للبائع ، لو شاء استبرأه قبل بيعه . وكذا لو باع مروياً ، ثم قال لم أعلم أنه مروى ، إنما ظننته كذا وكذا . أرأيت لو قال مبتاعه ما اشتريته إلا ظناً أنه خز وليس بخز ، فهذا مثله » . فى هذه الأمثلة نرى أن البائع يبيع مصلى من خز أو ثوباً مروياً وهو لا يدرى أن المصلى من خز أو أن الثوب مروى ، ويشتريه المشترى وهو عالم بحقيقة المبيع . أو يشترى المشترى المصلى أو الثوب ، ظاناً أن المصلى من خز أو أن الثوب مروى ، ولا يعلم البائع حقيقة المبيع . ففى كل هذه الفروض لا يعتد بالغلط لأن أحد العاقدين قد استقل به ، وفى ذلك رعاية لاستقرار التعامل :

تسمية العاقد الشيء باسم يصلح له وتسميته الشيء بغير اسمه :

ويشترط فيما قدمناه أن يسمى العاقد الشيء باسم يصلح له على كل حال . « مثله — كما يقول الحطاب — قول البائع أبيعك هذا الحجر ، فإذا هو ياقوتة . . . فيلزم البائع البيع وإن علم المشترى أنها ياقوتة » . فهنا وقع البائع فى الغلط ، ولكنه سمى الشيء باسم يصلح له ، إذ سمى الياقوتة حجراً ، فلم يكشف عن غلطه فلم يعلم هذا به ، فلا يعتد بهذا الغلط حتى لا يفاجأ المشترى بفسخ العقد .

وأما إذا سمى أحدهما الشيء بغير اسمه ، مثل أن يقول البائع أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة ، أو يقول المشترى بع منى هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة ، فلا خلاف فى أن الشراء لا يلزم المشترى والبيع لا يلزم البائع » (الحطاب ٤ ص ٤٦٦) . فهنا وقع أحد العاقدين فى الغلط ، ولكنه كشف عن غلطه للعاقد الآخر بأن سمى الشيء بغير اسمه ، فعلم العاقد الآخر بالغلط ، ومن ثم لا يفاجأ بالفسخ إذا لم يلزم العقد[1] .

كذلك إذا « قال أخرج لى ثوباً مروياً بدينار ، فأخرج له ثوباً أعطاه إياه ، ثم وجده من أثمان أربعة دنانير ، هذا يحلف ويأخذ ثوبه » . فهنا يعلم كل من البائع والمشترى أن المبيع ثوب مروى بدينار ، فإذا أخذ المشترى ثوباً بأربعة دنانير ، فلا يفاجأ بالفسخ إذا حلف البائع وأخذ ثوبه .

ويتبين مما تقدم أن البائع إذا باع الياقوتة وهو يسميها حجراً ، غير عالم أنها ياقوتة ، فلا يعتد بغلطه لأنه لم يكشف عنه للمشترى . أما إذا باع الثوب المروى بدينار ، ولكنه يخرج ثوباً بأربعة ، فإنه يكون قد كشف عن غلطه ، فجاز له فسخ البيع . هذا إلى أن البائع فى الحالة الأولى مقصر فيما وقع فيه من الغلط ، إذ كان يستطيع أن يصل إلى العلم بحقيقة المبيع قبل بيعه ، فيعلم أن الحجر الذى

---

(١) ويقول الدسوقى (جزء ٣ ص ١٤١) : « والحاصل أن البائع إذا جهل ذات المبيع أى لم يعلم باسمه الخاص ، فإن سماه باسم عام فلا رد ، وإن سماه باسم خاص فإذا هو ليس المسمى بذلك الاسم الخاص فله الرد ، سواء كان مسمى باسم خاص آخر أو كان مسمى بالاسم العام » . انظر أيضا الصاوى جزء ٢ ص ٦٣ — الخرشى جزء ٥ ص ١٥٢ — جواهر الإكليل للشيخ صالح عبد السميع الآبى جزء ٢ ص ٤٩ — شرح البهجة للشيخ زكريا الأنصارى جزء ٢ ص ٤٥٥ .

يبيعه إنما هو ياقوت ، فغلطه هنا غلط غير مغتفر . أما فى الحالة الثانية فالغلط يصعب الاحتراز منه ، فهو غلط مغتفر . وفى هذا المعنى يقول الحطاب (جزء ٤ ص ٤٦٧) : « ووجه تفرقة مالك بين الذى يبيع الياقوتة جاهلا وبين من قصد إخراج ثوب بدينار فأخرج ثوباً بأربعة أن الأول جهل وقصر إذا لم يسأل من يعلم ما هو ، والثانى غلط والغلط لا يمكن التوقى منه فيكون له أن يحلف ويأخذ ثوبه»[1] .

(ب) الاعتداد بالغلط لأن العاقد كشف عن إرادته أو كانت هذه الإرادة مكشوفة

كيف تكشف إرادة العاقد :

قدمنا أن العاقد الذى وقع فى الغلط إذا انكشفت إرادته الحقيقية للعاقد الآخر ، فانكشف بذلك غلطه ، فإن الغلط يعتد به ، إذ لا يقوم هنا تعارض بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية ، وفى الاعتداد بالغلط احترام للإرادة الحقيقية دون أن يخل ذلك باستقرار التعامل . بقى أن نعرف كيف تنكشف إرادة العاقد .

الطريق المباشر لانكشاف إرادة العاقد هو أن يتولى العاقد ذلك بنفسه فيكشف عن إرادته للعاقد الآخر عن طريق التصريح بها . وقد لا يصرح العاقد بإرادته ، ولكن يمكن استخلاص هذه الإرادة دلالة من الملابسات وظروف الحال ، كذلك يجوز أن نستخلص هذه الإرادة من طبائع الأشياء . فهذه طرق ثلاثة لانكشاف الإرادة : الكشف الصريح عنها ، واستخلاصها ضمناً من الملابسات وظروف الحال ، واستخلاصها ضرورة من طبائع الأشياء .

الكشف الصريح عن الإرادة :

يكشف العاقد كشفاً صريحاً عن إرادته إذا هو عيّن للعاقد الآخر الشىء المعقود

---

(١) انظر أيضاً هذا الموضوع فى المدونة الكبرى جزء ١٠ ص ٤٩ — ص ٥٠ — المنتزع المختار جزء ٣ ص ١٣٧ — ص ١٣٨ .

عليه تعييناً نافياً للجهالة ، وذكر له جميع الأوصاف التى يشتمل عليها الشىء بحيث لو فات وصف منها لرغب عن التعاقد .

ويحصل ذلك عادة بتسمية الشىء أو بالإشارة إليه ، وقد تجتمع التسمية والإشارة . وفى مذهب مالك يجوز البيع على الوصف وهو ما يعرف بالبيع على البرنامج .

والتسمية كشف عن الإرادة الحقيقية ، أما الإشارة فكشف عن الإرادة الظاهرة . فإذا اجتمعت التسمية والإشارة ، فهذا هو اجتماع الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة . وفى أكثر الأحوال تتفق الإرادتان ، فيكون العاقد قد كشف عن إرادته ، حقيقية كانت أو ظاهرة فهما شىء واحد ، ويتطابق الشىء المسمى مع الشىء المشار إليه ، فلا يكون هناك محل للغلط .

أما إذا اختلفت التسمية مع الإشارة ، أى تعارضت الإرادة الحقيقية مع الإرادة الظاهرة ، فما دام العاقد الآخر قد علم بالتسمية ، فإنه يكون بذلك عالماً بالإرادة الحقيقية . وتكون العبرة بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الظاهرة . ولا ضير فى ذلك على استقرار التعامل . إذ العاقد الآخر قد علم بالإرادة الحقيقية كما قدمنا ، فلا وجه للقول بأنه يفاجأ بها . فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى أو من جنسه ولكن مع تفاوت فاحش فى المنفعة ، كان الغلط مانعاً كما قدمنا ، ولا ينعقد العقد . وإن كان من جنسه لكن يخالفه فى الصفة دون أن يكون التفاوت فاحشاً ، فإن العقد ينعقد على المشار إليه لأنه من جنس المسمى ، إلا أن العاقد فى التسمية قد ذكر وصفاً مرغوباً فيه فلم يجده فيثبت له الخيار . وقد جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٢ — ص ١٣) فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل فى هذا الجنس أن من جمع كلامه بين الإشارة والتسمية ، فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل ، لأن انعقاد العقد بالتسمية ، فإن ما ينعقد على المسمى ، وهو معدوم ، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى فالبيع جائز ، لأن التسمية تتناول ما وقعت الإشارة إليه ، فكانت الإشارة من يده مؤيدة للتسمية ، فينعقد العقد بالمشار إليه وهو مال ، إلا أنه إن كان المشار إليه دون المسمى فللمشترى الخيار لفوات شرطه ، كما لو اشترط فى العبد أنه كاتب فوجده غير كاتب » . وجاء فى

فتح القدير (جزء ٥ ص ٢٠٦) : «إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء . . . كانت العبرة للتسمية ، لأن التسمية أبلغ فى التعريف من الإشارة . لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة ، والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل بأشباهها لتلك الذات وغيرها . ونحن فى مقام التعريف ، فيتعلق بما تعريفه أبلغ . وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذى هو المسمى . ذكره المصنف ، وهو الظاهر من قول محمد فإنه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما . وقيل بل هو فاسد . وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش ، كان أيضاً كاختلاف الجنس ، فيكون البيع باطلا . وإن كان قليلا ، اعتبرت الإشارة ، فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم ، إلا أنه ذكر فيه وصفاً مرغوباً فيه ، فلم يجده المشترى ، فيثبت له الخيار » . وجاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٥٢ — ٥٣) : « ثم فى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى إذا اختلف فيه المسمى والمشار إليه ، لأن التسمية أبلغ فى التعريف من الإشارة . لأن الإشارة لتعريف الذات ، فإنه إذا قال هذا صار الذات معيناً ولا يشاركه فيه غيره . والتسمية لأعلام الماهية ، وهو أمر زائد على أصل الذات ، فكان أبلغ فى التعريف ، ويحتاج فى مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه . فكانت الإشارة أولى بالاعتبار فى متحدى الجنس ، لأن المسمى موجود فى المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه ، فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب ، فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه . بخلاف مختلفى الجنس ، لأن المسمى فيه مثل المشار إليه وليس بتابع له ، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعاً للآخر ، فيعتبر الأعرف عند تعذر الجمع بينهما . وهذا هو الأصل فى العقود كلها ، كالإجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال » . (انظر أيضاً الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٩) .

وفى البيع على الوصف فى مذهب مالك ، وهو ما يعرف بالبيع على البرنامج ، يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية فى شأن المبيع ، بأن تذكر أوصافه فى دفتر مكتوب ، فيشتريه المشترى على هذه الأوصاف ، فإن وجدت لزم البيع ، وإلا خير المشترى . ذلك أن البائع والمشترى قد اتفقا اتفاقاً صريحاً على أوصاف المبيع ، وهى

الأوصاف المكتوبة فى البرنامج . فإذا رضى المشترى بالبيع ، ثم وجده على غير هذه الأوصاف ، كان رضاؤه مشوباً بغلط . ووجب الاعتداد بهذا الغلط ، لأن المشترى قد كشف عن إرادته الحقيقية للبائع ، بشرائه على الأوصاف المذكورة فى البرنامج . وقد جاء فى الدسوقى (جزء ٣ ص ٢٤ — ص ٢٥) فى البيع على البرنامج ما يأتى : « وجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الأوصاف المكتوبة فى البرنامج . . . أى الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما فى العدل من الثياب المبيعة لتشترى على تلك الصفة للضرورة ، فإن وجد على الصفة لزم ، وإلا خير المشترى . . . وإن اشترى على رؤية متقدمة ، فادعى المشترى أنه ليس على الصفة التى رآه عليها ، وادعى البائع أنه عليها ، حلف البائع على بقاء الصفة التى رآه المشترى عليها ولم يتغير . إن شك ، أى حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا ، فإن قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلا يمين ، وإن قطع بالتغير فالقول للمشترى كذلك ، وإن رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين » . وجاء فى الصاوى (جزء ٢ ص ١١ — ص ١٣) : « وجاز البيع . . . على رواية البرنامج ، الدفتر المكتوب فيه صفة ما فى العدل من الثياب المبيعة . أى يجوز أن يشترى ثياباً مربوطة فى العدل ، معتمداً فيها على الأوصاف المذكورة فى الدفتر ، فإن وجدت على الصفة لزم ، وإلا خير المشترى إن كانت أدنى صفة » . وجاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٠ ص ٤٤ — ص ٤٥) : « وقول مالك فى الرجل يقدم له أصناف من البز فيحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجه . ويقول فى عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا رائطة سابرية وذرعها كذا وكذا ، ويسمى أصناف ذلك البز بأجناسه وذرعه وصفته ، ثم يقول اشتروا على هذا ، فيشترون ، ويخرجون الأعدال على ذلك ، فيفتحونها فيشتغلون ويبرمون . إن ذلك لازم لهم إذا كان ذلك موافقاً للبرنامج الذى باعه عليه . قال مالك : فهذا الذى لم يزل الناس يجيزونه بينهم ، إذا لم يكن المتاع مخالفاً لصفة البرنامج . فكفى بقول مالك حجة ، فكيف وقد أخبر أنه فعل الناس ، مع ما ذكرنا من الآثار فى ذلك » . والظاهر أن الذى يميز بيع البرنامج أن المشترى يبتاع شيئاً على الوصف ، فإن وجد مطابقاً لهذا الوصف لم يكن له خيار حتى لو كان لم ير الشىء قبل أن يبتاعه ، فهو بيع لا يثبت فيه خيار الرؤية .

استخلاص الإرادة ضمناً من الملابسات وظروف الحال :

وليس من الضروري أن يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية للعاقد الآخر عن طريق التصريح بها . بل يكفي أن يكون في استطاعة العاقد الآخر أن يستخلص هذه الإرادة ضمناً من الملابسات وظروف الحال . ففي الحالة الأولى ، حالة التصريح بالإرادة ، يكون العاقد الآخر قد علم بالإرادة الحقيقية فعلم بالغلط تبعاً لذلك . وفي الحالة الثانية ، حالة استخلاص الإرادة من ظروف الحال ، يكون في استطاعة العاقد الآخر أن يعلم بالإرادة الحقيقية فيعلم بالغلط . وفي الحالتين ، سواء كان العاقد الآخر يعلم بالغلط أو يستطيع أن يعلم به ، لا وجه للقول أنه يفاجأ بالغلط إذا هو ووجه به ، فلا ضير على استقرار التعامل إذن من الاعتداد بالغلط وإثبات الخيار لمن وقع فيه .

ويتفرع على ذلك أن من اشترى عبداً شهرته أنه خباز أو أنه كاتب ، فوجده المشترى على غير ذلك ، فإن الملابسات ، وهي هذه الشهرة التي عرف بها العبد ، تدل على أن الوصف المرغوب فيه هو المهارة في الخبز أو في الكتابة . وقد فات هذا الوصف ، فيكون للمشترى الخيار ، ولو لم يصرح في العقد بالوصف المرغوب فيه ، إذ هو مفهوم ضمناً من الملابسات وظروف الحال . كذلك من اشترى ناقة فوجدها بعيراً ، فإن كان المشترى بدوياً يقتات باللبن فإن ظروف الحال يستخلص منها أنه اشترى الناقة للبنها فيخير ، وأما إن كان صاحب أسفار يتنقل فالبعير أصلح له من الناقة ولا خيار له . ومن اشترى بقرة فوجد أن لبنها قد نضب ، فإن كانت مهنته الحلب كانت المهنة دليلا على أن اللبن وصف مرغوب فيه فيخير ، وأما إن كان قصاباً فمهنته تدل على أن مراده اللحم لا اللبن فلا يكون له خيار . جاء في البحر الرائق (جزء ٦ ص ٢٦) في هذا المعنى ما يأتي : « اعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحاً أو دلالة ، كما في البدائع في خيار العيب : والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة ، إلا أن يكون ذلك شرطاً في العقد . وإن لم يكن مشروطاً في العقد ، وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده ، فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ، ردها ، لأن الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة في تلك الصفة ، فصارت مشروطة دلالة ، وهو كالمشروط

نصاً » . وجاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ٩٤) : « وينبغى فى مسألة البعير والناقة أن يكون فى العرب وأهل البوادى ، وأما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل » .

ومما يدل على أن العرف له اعتبار فى استخلاص ما إذا كان الوصف مرغوباً فيه ما جاء فى البحر الرائق (جزء ٦ ص ٢٥) : « وصحح قاضيخان أنه لو باع جارية على أنها حامل أن البيع جائز ، لأنه بمنزلة شرط البراءة من البيع ، إلا أن يكون فى بلد يرغبون فى شراء الجوارى لأجل الأولاد » . فالحمل فى الجارية دل عرف البلد على أنه وصف مرغوب فيه لا على أنه عيب . والفرق بين الوصف المرغوب فيه والعيب هنا أنه لو تبين بعد البيع أن الجارية ليست بحامل ، فلو كان الحمل وصفاً مرغوباً فيه ردها المشترى لفوات هذا الوصف ، ولو كان الحمل عيباً لما جاز له ردها لأنه وجدها سليمة من العيب .

وقد تستخلص إرادة العاقد من ظروف المكان . فمن باع حجراً فى سوق الجواهر دل على أنه يبيع جوهرة ، فإن لم تكن ذلك كان للمشترى ردها وإن لم يشترطه صراحة فى العقد . جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٤٦٦ — ٤٦٧) : « وقد قال بعض الشيوخ إنه إذا باع الحجر فى سوق الجوهر فوجده حجراً كان للمبتاع القيام وإن لم يشترط أنه جوهر . وإن باعه فى غير . . . سوق الجوهر لم يكن له قيام على هذا القياس » .

استخلاص الإرادة ضرورة من طبائع الأشياء — خيار العيب :

ومن صور استخلاص الإرادة دلالة أن تستخلص ضرورة من طبائع الأشياء . وهذا هو خيار العيب . ويسميه صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٧٣) خياراً ثابتاً بالشرط دلالة . ذلك أن العاقد ، ما لم يشترط البراءة من العيوب فى الشىء الذى يتعامل فيه ، يكون قد كفل للعاقد الآخر — دلالة ودون حاجة إلى شرط صريح — سلامة المعقود عليه من العيوب . ويرجع فى تحديد العيب إلى طبيعة الشىء نفسه ، فما يتنافى مع طبيعة الشىء على تقدير أنه سليم يعد عيباً فيه . والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً (فتح القدير ٥ ص ١٥١) . ومن اشترى شيئاً دون أن ينبهه البائع إلى وجود عيب فيه ، فمن حقه أن يحسب أن الشىء خال من

العيوب ، ومن واجب البائع أن يتوقع أن يكون المشترى على هذا اليقين . فإذا وجد المشترى عيباً فى الشيء كان له أن يرده، دون أن يكون هناك وجه للقول بأن البائع يفاجأ بهذا الرد ، ودون أن يكون هناك إخلال باستقرار التعامل، فسلامة الشيء من العيوب شرط ضمنى فى العقد تقتضيه طبائع الأشياء . فإذا ظهر عيب فى الشيء ، تبين أن المشترى كان واهماً عندما اعتقد أن الشيء سليم من العيب . ومن هنا كان خيار العيب متصلا أوثق الاتصال بنظرية الغلط ، بل هو ليس إلا صورة من صوره المتعددة .

وكل ما يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار . ويشترط فيه جهل المشترى بوجوده عند العقد والقبض ، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له . لأن الإقدام على الشراء . مع العلم بالعيب رضاء به دلالة . وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعد القبض ، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض ، فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد . ويشترط أيضاً عدم اشتراط البراءة من العيب . ثم إن خيار العيب يسقط بالرضاء بالعيب بعد العلم به ، لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة فى العقد دلالة، ولما رضى بالعيب بعد العلم به دل على أنه ما شرط السلامة . ولأنه ثبت نظراً للمشترى دفعاً للضرر عنه ، فإذا رضى بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضى بالضرر[1] .

ومما يقطع فى أن السلامة من العيب مشروطة فى العقد دلالة ، وأنها إذا لم تتوافر فقد اختل رضاء العاقد لما وقع فيه من الغلط ووجب له الخيار ، ما جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٧٤) إذ يقول : «وحكم المبيع بعيب هو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع للحال ، ولكنه ملك غير لازم . لأن السلامة شرط فى العقد دلالة . . . والدليل على أن السلامة مشروطة فى العقد دلالة أن السلامة فى المبيع مطلوبة المشترى عادة . . . لأن غرضه الانتفاع بالبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة . ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع ، فكانت السلامة مشروطة فى العقد دلالة ، فكانت كالمشروطة نصًّا ، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار . . . ولأن السلامة لما كانت مرغوب المشترى ولم يحصل ، فقد اختل رضاه ، وهذا يوجب

(١) منقول عن البدائع بلفظه (انظر جزء ٥ ص ٢٧٤ و ص ٢٧٦ و ص ٢٨٢) .

الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع ، قال الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، إثباتاً للحكم على قدر الدليل » .

وهذا القدر يكفى فى إثبات أن خيار العيب صورة من صور نظرية الغلط . ولا حاجة للخوض فى تفصيلات خيار العيب ، فهى مدونة فى كتب الفقه ، ومكانها فى هذه الكتب معروف [1] .

(ح) الاعتداد بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته

خيار الرؤية يقوم فى أساسه على فكرة الغلط :

يثبت الفقه الإسلامى لمن اشترى شيئاً لم يره الخيار إذا رآه [2] . وخيار الرؤية هذا إنما يقوم فى أساسه على فكرة الغلط . ذلك أن المشترى الذى يرد الشىء بعد رؤيته يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التى ظنها ، وكان يعتقد قبل رؤيته أنه يصلح له ، فمنذ رآه أدرك أنه لا يصلح ، وأنه كان على غلط فى شأنه . ولهذا كان له أن يرده بخيار الرؤية ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه . فأساس هذا الخيار ، كما نرى ، هو غلط المشترى فى شىء لم تسبق له رؤيته . ومما يقطع فى أن هذا الخيار متصل بالرضاء وأن السبب فيه هو اختلال الإرادة لما شابها من الغلط ما جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٩٢) : « أن شراء ما لم يره المشترى غير لازم . . . لأن جهالة الوصف تؤثر فى الرضا فتوجب خللا فيه . واختلال الرضا فى البيع يوجب الخيار . ولأن من

---

(١) انظر المبسوط ١٣ ص ٩١ — ص ١٢١ — البدائع ٥ ص ٢٧٣ — ص ٢٩١ — فتح القدير ٥ ص ١٥١ — ص ١٨٣ — البحر الرائق ٦ ص ٣٥ — ص ٦٨ — الزيلعى ٤ ص ٣١ — ص ٤٣ — ابن عابدين ٤ ص ١٠٩ — ص ١٥٣ — الحطاب ٤ ص ٤٢٨ — ص ٤٦٦ — الخرشى ٥ ص ١٢٥ — ص ١٥٢ — الدسوقى ٣ ص ١٠٩ — ص ١٤٠ — الصاوى ٢ ص ٤٩ — ص ٦٣ — المهذب ١ ص ٢٨٢ ص ٢٨٨ — المغنى ٤ ص ٢٣٨ — ص ٢٥٩ .

(٢) بشرط أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين ، لأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد ، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض ، فلا يرد عليه الفسخ . ولهذا يثبت خيار الرؤية لا فى البيع فحسب ، بل أيضا فى الإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك ، لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية (البدائع جزء ٥ ص ٢٩٢) .

الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه ، فيحتاج إلى التدارك ، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له » .

وهنا نجد العاقد – أى المشترى – لم يكشف عن إرادته ، فلم يعلم بها العاقد الآخر . ومع ذلك نعتد بالغلط الذى وقع فيه . فالغلط هنا ، كما نرى ، غلط فردى لا يعلم به العاقد الآخر ولا يستطيع أن يعلم به . وإنما اعتددنا به احتراماً للإرادة الحقيقية للمشترى، دون أن نخشى شيئاً على استقرار التعامل ذلك أن الخيار لا يثبت إلا فى شىء لم يره المشترى ، فما على البائع ، إذا أراد أن يطمئن إلى لزوم الصفقة ، إلا أن يمكن المشترى من رؤية المبيع قبل التعاقد . أما ولم يفعل ، فذلك تسليم منه بالخيار . ولا وجه بعد ذلك للقول بأن البائع يفاجأ بدعوى الغلط ، إذا اختار المشترى رد المبيع بعد رؤيته .

ونحن لم نفترض فحسب أن المشترى يرد البيع بعد رؤيته بسبب الغلط ، بل افترضنا أيضاً أن هذا الغلط ثابت ، إذ صدقنا المشترى بدعواه دون أن نلزمه بإقامة البينة . فكأن البائع ، إذا باع شيئاً لم يره المشترى قبل الشراء ، يكون قد احتكم لذمة المشترى دون يمين ، فيما إذا ادعى المشترى أنه قد وقع فى غلط . وهذا معناه أن الفقه الإسلامى يعتد بالغلط إلى مدى أبعد من الفقه الغربى ، ما دام قد اطمأن إلى استقرار التعامل .

خيار الرؤية يثبت للمشترى لأن غلطه مغتفر :

ومما يدل على أن خيار الرؤية إنما يثبت للمشترى لغلط مغتفر فى المبيع ، وأن الأمر فى ذلك متروك لمحض تقديره الشخصى ، ما يأتى :

١ – أن المشترى إذا اشترى الشىء وهو يراه فلا خيار له . ذلك أن افتراض الغلط المغتفر قد انتفى بالرؤية . وهو إذا لم ينتف بالرؤية ، كان الغلط غير مغتفر ، لأن المشترى يكون مقصراً إذا هو لم يتبين أن المبيع لا يصلح له بعد أن رآه . كذلك الحال لو رأى المشترى المبيع قبل الشراء ، وبقى المبيع على حاله إلى وقت الشراء ، فإن كان قد تغير عن حاله ، فله الخيار .

٢ – وقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها . حتى لو أجاز المشترى البيع

قبل الرؤية ، ثم رأى المبيع ، فإن له مع ذلك أن يرده . ذلك أن المبيع قبل الرؤية مجهول الوصف ، فلا يزال المشترى على دعواه فى الغلط المغتفر ما دام أنه لم ير الشيء ، حتى لو أجاز البيع قبل ذلك .

٣ — يسقط خيار الرؤية بالإجازة بعد الرؤية ، صراحة كانت الإجازة أو دلالة ، كأن يوجد من المشترى تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الرضاء ، أو تصرف فيه تصرف الملاك ، أو امتنع عن الفسخ بعد أن تمكن من ذلك . فالإجازة الصريحة أو الضمنية يستخلص منها نفى قرينة الغلط المغتفر فى جانب المشترى ، وهو بالإجازة دل على أنه راض بالشيء ولم يشب رضاءه غلط فيه .

٤ — موت المشترى يسقط خياره عند أبى حنيفة . ذلك أن الغلط المغتفر ، الذى هو سبب الخيار ، خاص به هو دون ورثته ، وراجع إلى محض تقديره الشخصى لصلاحية المبيع له ، فلا ينتقل الخيار إلى ورثته .

٥ — إذا اختار المشترى الفسخ ، انفسخ العقد دون حاجة إلى التراضى أو قضاء القاضى . ذلك أن المشترى يصدق بقوله دون يمين لأن الأمر متروك إلى محض تقديره ، فصح الفسخ من غير تراض أو قضاء .

خيار الرؤية لا يثبت للبائع لأن غلطه غير مغتفر :

ولا يثبت خيار الرؤية للبائع ، لأن الشيء الذى يبيعه كان فى يده أو كان من المستطاع أن يحصل عليه فى يده ، فيتمكن من رؤيته . فأما وقد باعه دون أن يراه ، ثم ظهر أن الشيء أجود مما ظن ، فإنه يكون قد قصر إذ لم يتبين حقيقة الشيء قبل بيعه مع تمكنه من ذلك . والغلط المقترن بتقصير ممن وقع فيه يكون غلطاً غير مغتفر ، والغلط غير المغتفر لا يعتد به .

ثم إن البائع إنما يكون قد غلط لأنه قدر أن المبيع أقل جودة من حقيقته ، وهذا بخلاف المشترى فغلطه يرجع إلى تقديره أن المبيع أكثر جودة من حقيقته . والمشترى إذا اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو ردىء ، كان له الخيار . أما البائع فإذا باع شيئاً على أنه ردىء فإذا هو جيد ، فلا خيار له . وقد جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٩٢) فى هذا الصدد ما يأتى :

وأما بيع ما لم يره البائع فهل يلزم : روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يقول أولا لا يلزم ويثبت له الخيار ، ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار. وجه قوله الأول أن ما ثبت له فى شراء ما لم يره المشترى ، وهو ما ذكرنا من المعانى ، موجود فى بيع ما لم يره البائع ، فورود الشرع بالخيار ثمة يكون وروداً ههنا دلالة . وجه قوله الآخر ما روى أن سيدنا عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضى الله عنهما ولم يكونا رأياها . فقيل لسيدنا عثمان رضى الله عنه غبنت ، فقال لى الخيار لأنى بعت ما لم أره . وقيل لطلحة مثل ذلك ، فقال لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره . فحكما فى ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة رضى الله عنه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعاً منهم على ذلك ، والاعتبار بجانب المشترى ليس بسديد . لأن مشترى ما لم يره مشتر على أنه خير مما ظنه ، فيكون بمنزلة مشترى شيء على أنه جيد فإذا هو ردىء ، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو ردىء فله الخيار . وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه ، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه ردىء فإذا هو جيد ، لا خيار للبائع ، فلهذا افترقا [١] .

---

(١) انظر فى تفصيلات خيار الرؤية : المبسوط ١٣ ص ٦٨ — ص ٧٨ — البدائع ٥ ص ٢٩١ — ٢٩٩ ، فتح القدير ٥ ص ١٣٧ — ٢٥١ ، البحر الرائق ٦ ص ٢٦ — ٣٥ ، الزيلعى ٤ ص ٢٤ — ٣١ ، المهذب ١ ص ٢٦٣ — ٢٦٤ . أما الرؤية فى المذهبين المالكى والحنبلى فيغنى عنها الوصف على تفصيل لا محل له هنا .

وقد أخذ القانون المدنى العراقى بخيار الرؤية فى المواد ٥١٧ — ٥٢٣ . قارن أيضا المادة ٤١٩ من القانون المدنى المصرى والمادة ٣٨٧ من القانون المدنى السورى والمادة ٤٠٨ من القانون المدنى الليبى .

المطلب الثانى

الأنواع الأخرى من الغلط

§ ١ـ الغلط فى الشخص

الغلط فى الشخص لا يؤثر فى العقد إلا إذا كانت شخصية العاقد محل الاعتبار :

غنى عن البيان أن الغلط فى الشخص لا ينبغى أن يكون له تأثير فى العقد إلا إذا كانت شخصية العاقد التى وقع فيها الغلط هى محل الاعتبار . وهذه هى القاعدة فى الفقه الغربى كما قدمنا . ويمكن القول إن نفس القاعدة تنطبق أيضاً فى الفقه الإسلامى . فنى العقود والتصرفات التى تكون فيها شخصية أطراف التصرف معتبرة ، إذا وقع غلط فى ذاتية الشخص أو فى صفة جوهرية فيه ، كان للطرف الآخر الذى وقع فى الغلط حق فسخ العقد .

ويبدو ذلك واضحاً فى عقد الزواج ، حيث يكون لشخصية الزوج اعتبار جوهرى من ناحية كفاءته للزوجة ومن حيث خلوه من بعض الأمراض . فإذا وقع غلط فى شىء من ذلك ، جاز التفريق . ولكننا ندع عقد الزواج جانباً ، فنحن مقتصرون فى البحث على التصرفات المالية .

وهناك عقد الهبة ، حيث يكون لشخص الموهوب له عادة الاعتبار الأول عند الواهب . فإذا وهب شخص آخر مالا ، ظانًّا أن الموهوب له تربطه به صلة القرابة ، فظهر بعد تمام الهبة أن الواهب واهم فيما ظن ، وأن الموهوب له أجنبى عنه ، فإنه ينبغى أن يكون للواهب حق الرجوع فى هبته . وظاهر أن الفقه الإسلامى ليس فى حاجة إلى تقرير هذه القاعدة ، وتخصيصها بالغلط . إذ القاعدة فيه أن للواهب حق الرجوع مطلقاً إذا لم تكن الهبة لغير ذى رحم محرم ولم يوجد مانع آخر من الرجوع ، وذلك سواء كان الواهب قد وقع فى غلط بشأن شخص الموهوب له أو لم يقع .

وفى الوصية كذلك تبرز شخصية الموصى له وتكون محل الاعتبار ، ومن ثم نقرأ فى

البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٥) : « ومنها (أى من شرائط الركن) رضا الموصى ، لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك ، فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأشياء . فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطئ ، لأن هذه العوارض تفوت الرضا » .

ونختار بعضاً من التصرفات التى يعتد فيها بالشخص . فنى الشفعة ، لذاتية المشترى اعتبار فى الأخذ بها . وفى كل من الوكالة وإجارة الظئر ، يعتد ببعض الصفات الجوهرية فى الوكيل أو الظئر .

الشفعة — الغلط فى شخص المشترى :

من المعروف أن الحكمة فى الأخذ بالشفعة منع أذى الجوار . ومن ثم كان لشخصية المشترى الذى يؤخذ منه بالشفعة اعتبار جوهرى . فإذا غلط الشفيع فى شخص المشترى ، وتوهمه شخصاً معيناً سلم له فى الشفعة لأنه لا يتأذى بجواره ، ثم تبين أنه شخص آخر لا يرضى به جاراً ، كان تسليم الشفعة — وهو تصرف قانونى — مشوباً بغلط فى ذاتية الشخص ، وبقى حق الشفعة للشفيع . وقد نصت المادة ١٤٥ من مرشد الحيران على أنه : « إذا علم باسم المشترى فسلم فى الشفعة ، ثم بان له أن المشترى هو غير من سمى ، فله حق الشفعة » .

وهذا هو بعض من النصوص الفقهية الواردة فى هذا الحكم .

جاء فى المبسوط (جزء ١٤ ص ١٠٥) : « ولو أخبر الشفيع أن المشترى فلان ، فقال قد سلمت له ، فإذا المشترى غيره ، فهو على شفعته ، لما بينا أن الناس يتفاوتون فى المجاورة ، فرضاه بمجاورة إنسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره . وهذا التقييد منه مفيد ، كأنه قال إن كان المشترى فلاناً فقد سلمت الشفعة ، فإذا تبين أن المشترى غيره فهو على حقه ، وإن تبين أنه اشتراه فلان وآخر معه ، صح تسليمه فى نصيب فلان وهو على شفعته فى نصيب الآخر ، لأنه رضى بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر » .

وجاء فى البحر الرائق (جزء ٨ ص ١٤٤) : « وإن قيل له إن المشترى فلان فسلم ، ثم ظهر أنه غيره ، فله الشفعة ، لتفاوت الناس فى الأخلاق ، فمنهم من

يرغب فى معاشرته ، ومنهم من يجتنب مخافة شره . فالتسليم فى حق البعض لا يكون تسليماً فى حق غيره . ولو علم أن المشترى هو مع غيره ، كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد فى حقه » .

وجاء فى الدسوقى على الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٤٨٧) : « أو أسقط شفعته للكذب فى الشخص (المشترى) . . . بأن قيل له إن شريكك باع حصته لزيد صاحبك ، فأسقط شفعته ، فتبين أنه باعها لعمرو عدوه . . . أو أسقط لكذب فى انفراده ، كما لو قيل له إن شريكك باع حصته لفلان وحده ، فأسقط شفعته ، فتبين أنه باعها لجماعة ، فلان وغيره . . . فله القيام بشفعته » .

وجاء فى الخرشى (جزء ٦ ص ١٧٣) : « أو أسقط لكذب . . فى المشترى . . بأن قيل له فلان اشترى نصيب شريكك ، . فأسقط لذلك ، ثم ظهر أنه غير الذى سمى ، فإن له أن يأخذ شفعته كائناً ما كان الشخص . وكذلك لا تسقط شفعته إذا قيل له إن فلاناً اشترى حصة شريكك فى الشقص ، فرضى به وسلم شفعته لأجل حسن سيرة هذا المشترى ، ثم علم بعد ذلك أن الشقص اشتراه هو وشخص آخر ، فله القيام بشفعته ، لأنه يقول إنما رضيت بشركة فلان وحده لا شركته مع غيره » .

وجاء فى شرح البهجة للشيخ زكريا الأنصارى (جزء ٣ ص ٢٧٩) : « أو فى مشتر ، كأن قال إنه زيد ، فبان عمراً أو زيداً وعمراً ، فقد يرضى بشركة زيد دون غيره » .

الوكالة — الغلط فى أهلية الوكيل :

وقد يقع الغلط ، لا فى ذاتية الشخص ، بل فى صفة جوهرية فيه ، وتكون هذه الصفة معتبرة . فالوكيل تلزمه العهدة ، وترجع حقوق العقد إليه إذا كان أهلا لذلك . فإن لم يكن أهلا ، رجعت حقوق العقد إلى الموكل لا إليه . فإن ظن الغير الذى يتعامل مع الوكيل أنه أهل وأن حقوق العقد ترجع إليه ، فتبين بعد أن تعاقد معه أنه ليس بأهل وأن حقوق العقد ترجع إلى الموكل ، كان هذا غلطاً فى صفة جوهرية فى الوكيل وهى أهليته لتحمل حقوق العقد ، وكان للغير الذى تعامل مع

الوكيل ووقع فى هذا الغلط الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه ، وهذا على قول أبي يوسف .

جاء فى البدائع (جزء ٦ ص ٣٤) فى بيان هذا الحكم ما يأتى : « إنما تلزمه (الوكيل) العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة . فأما إذا لم يكن ، بأن كان صبياً محجوراً ، ينفذ بيعه وشراؤه ، وتكون العهدة على الموكل لا عليه . لأن ذلك من باب التبرع ، والصبي ليس من أهل التبرع ، لكونه من التصرفات الضارة المحضة . . . ولا خيار للمشترى من الوكيل المحجور ، سواء علم أنه محجور أو لم يعلم ، فى ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له ، فأما إذا كان جاهلا فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه . وجه قوله أن الرضا شرط جواز التجارة ، وقد اختل الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد ، فإذا تبين أنها ليست له ، اختل رضاه ، فثبت له الخيار ، كما إذا ظهر به عيب . وجه ظاهر الرواية أن الجهل بالحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه ، خصوصاً فى حق الصبي لأن الأصل فيه هو الحجر والإذن بعارض الرشد ، فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً ، فالجهل به لتقصير من جهته ، فلا يعذر ويعتبر عالماً ، ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار ، كذا هذا » .

ويلاحظ أنه لم يعتد هنا بغلط المشترى فى ظاهر الرواية ، لا لأن الغلط لا يؤثر فى رضائه ، بل لأنه غلط غير مغتفر ، إذ أن المشترى قد قصر فى عدم تبين حقيقة الوكيل من أنه محجور مع تمكنه من ذلك .

وجاء فى تكملة فتح القدير فى باب الوكالة (جزء ٦ ص ١٥ — ١٦) فى هذا المعنى ما يأتى : « وإن وكل . . . صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً عليه جاز . . . ولا تتعلق بهما الحقوق ، أى حقوق ما باشراه من العقد كالقاضي وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه ، وتتعلق بموكلهما . . . وعن أبي يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع (أى الوكيل عن البائع) ، ثم علم أنه صبي أو عبد محجور . . . له خيار الفسخ . . . لأنه ، أى لأن المشترى ، دخل فى العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد ، يعنى أن المشترى ما رضى بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد . فإذا ظهر خلافه يتخير ، لأنه فات عنه وصف مرغوب

فيه . فصار كما إذا عثر ، أى اطلع : على عيب ، أى على عيب لم يرض به ، والجامع بينهما عدم الرضا » . وظاهر أن الوصف المرغوب فيه الذى فات المشترى ، والذى يشير إليه النص ، هو وصف جوهرى فى شخص الوكيل كان محل اعتبار فى التعاقد معه ، هو أنه أهل لتحمل حقوق العقد ، فبان غير أهل ، ومن ثم كان للمشترى خيار الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه عند من تعاقد معه ، وهذا هو الغلط فى الشخص .

إجارة الظئر — الغلط فى وصف جوهرى فيها :

الاستئجار للظؤورة — إرضاع الطفل — جائز ، « لأن الصغار لا يتربون إلا بلبن الآدمية ، والأم قد تعجز عن الإرضاع لمرض أو موت أو تأبى الإرضاع ، فلا طريق إلى تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر ، جوز ذلك للحاجة » . والعقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالح الطفل تبع ، والمعقود عليه هو منفعة الثدى ، فمنفعة كل عضو على حسب ما يليق به . وذهب بعض المتأخرين إلى أن المعقود عليه المنفعة ، وهو القيام بخدمة الصبى وما يحتاج إليه ، وأما اللبن فتبع له . وهذا هو الذى يغلب القصد إليه من إجارة الظئر (المرضع) فى عصرنا الحاضر .

وغنى عن البيان أن شخص الظئر محل اعتبار فى العقد ، لا من حيث ذاتيتها ، بل من حيث ما يجب أن يتوافر عندها من الأوصاف المرغوب فيها . فإن فات وصف مرغوب فيه من هذه الأوصاف ، كان هناك غلط فى وصف جوهرى فى شخص العاقد ، وصلح هذا عذراً يثبت به لمستأجر الظئر خيار الفسخ . ومن الأوصاف المرغوب فيها عند الظئر أن يكون لبنها صالحاً لتغذية الطفل ، وألا تكون حمقاء سيئة الخلق ، وألا تكون سارقة يخشى منها على المتاع ، وألا تكون فاجرة بيناً فجورها .

ويقول السرخسى فى المبسوط (جزء ١٥ ص ١١٩ و ص ١٢١ — ص ١٢٢) فى هذا المعنى ما يأتى : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يفسد . وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن اللبن فى حكم

جزء من عينها ، لأنه يتولد منها ، فتؤثر فيه حماقتها ، ويظهر أثر ذلك فى الرضيع لما للغذاء من الأثر . ونظيره ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ترضع لكم سيئة الخلق . . . وإذا أراد أهل الصبى أن يخرجوا الظئر قبل الأجل فليس لهم ذلك ، إلا من عذر ، لأن العقد لازم من الجانبين . إلا أن الإجارة تنفسخ بالعذر عندنا على ما نبينه فى بابه . ثم العذر لهم فى ذلك ألا يأخذ الصبى من لبنها ، فيفوت به ما هو المقصود ، ولا عذر أبين من ذلك . وكذلك إذا تقايأ لبنها ، لأن ذلك يضر بالصبى عادة ، فالحاجة إلى دفع الضرر عنه عذر فى فسخ الإجارة . . . وكذلك إن كانت سارقة ، فإنهم يخافون على متاعهم إن كانت فى بيتهم ، وعلى متاع الصبى وحليته إذا كان معها . وكذلك إن كانت فاجرة بيناً فجورها ، فيخافون على أنفسهم ، فهذا عذر ، لأنها تشتغل بالفجور ، وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبى ، وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٥ ص ١٢٨) : « وكذا لو تقيأ لبنها لأهله الفسخ ، لأن ذلك يضر بالصبى . وكذا إذا كانت سارقة ، لأنهم يخافون على متاعهم وعلى حلى الصبى . وكذا إذا كانت فاجرة بائناً فجورها ، لأنها تشتغل عنه بالفجور » .

وجاء فى البحر الرائق (جزء ٨ ص ٢٢ — ص ٢٣) : « ولو تقايأ الصبى لبنها لأهله الفسخ . وكذا إذا كانت سارقة ، وكذا إذا كانت فاجرة ظاهراً فجورها . . وكذا إذا كان الصبى لا يأخذ لبنها ، كان لهم أن يفسخوا . . وفى الخانية إذا ظهرت الظئر . . . زانية أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسخ . . وكذا إذا كانت سيئة بذيئة اللسان » .

ويخلص من كل ذلك أن الغلط فى الشخص أو فى صفة جوهرية فيه — حيث يكون ذلك محل اعتبار — يثبت خيار الفسخ ، شأنه فى ذلك شأن الغلط فى الشىء . ويقول الفقهاء تارة إن الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه ، وطوراً إن الفسخ للعذر .. على أن الواضح فى جميع هذه الأحوال أن الفسخ يقوم فى أساسه على وقوع غلط فى الشخص .

§ ٢ – الغلط فى القيمة

الغلط فى القيمة والغبن :

يدق التمييز بين الغلط فى القيمة وبين الغبن . فالغلط فى القيمة يؤدى عادة إلى الغبن ، ولكن الغبن هنا يكون مصحوباً بجهل لقيمة الشىء ، بحيث لو تبين العاقد هذه القيمة على حقيقتها لما أقدم على التعاقد ، ولما رضى بهذا الغبن . أما مجرد الغبن فمداه أوسع من الغلط ، إذ يصح أن يقع الغبن والمغبون على بينة من قيمة الشىء ، فلا يكون واقعاً فى الغلط ، وإنما أراد الحصول عليه لرغبة فيه خاصة دفعته إلى أن يبذل فيه أكثر من سعر السوق . فقد يكون للشىء قيمة ذاتية للعاقد ليست لغيره من الناس ، وقد يكون العاقد مجازفاً فى الحصول على الشىء لأنه يرجو من ورائه الربح الكثير فيما بعد ، وقد يكون مندفعاً فيما فعل تحت تأثير المزاحمة . فالغلط فى القيمة إذن عيب فى الإرادة . ومعياره ذاتى . أما الغبن فخلل فى النسبة ما بين سعر السوق والسعر المبذول ، ومعياره مادى .

والفقه الإسلامى لا يعرض للغلط فى القيمة إلا عن طريق الغبن ، ثم هو فى أكثر مذاهبه ، لا يعتد بالغبن ولو كان فاحشاً إلا إذا صحبه تغرير أو تدليس . وهو فى ذلك يضحى باحترام الإرادة فى سبيل استقرار التعامل . وهذا هو شأن أكثر الشرائع الغربية ، فقل أن تجد شريعة منها تعتد بالغبن إلا فى حالات محدودة نادرة .

على أن فى الفقه الإسلامى اتجاهين بالنسبة إلى الغبن . الاتجاه الأول هو عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه التغرير كما قدمنا ، أو كان الغبن واقعاً فى مال المحجور أو الوقف أو بيت المال ممن هم فى حاجة إلى الحماية . والاتجاه الثانى هو الاعتداد بالغبن حتى لو لم يصحبه التغرير ، إذا كان هذا الغبن فاحشاً وكان مصحوباً بغلط فى قيمة الشىء .

عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه التغرير :

وهذا هو الظاهر فى المذهب الحنفى والمذهب الشافعى ومذهب أحمد .

جاء فى البحر الرائق (جزء ٦ ص ١١٥ — ص ١١٦) : « وفى القنية من اشترى شيئاً وغبن فيه غبناً فاحشاً ، فله أن يرده على البائع بحكم الغبن . وفيه روايتان . ويفتى بالرد رفقاً بالناس . . . وقع البيع بغبن فاحش ، ذكر الجصاص وهو أبو بكر الرازى فى واقعاته أن للمشترى أن يرد وللبائع أن يسترد ، وهو اختيار أبى بكر الزرنجرى والقاضى الجلال ، وأكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن الفاحش وبه يفتى . . . ليس له الرد والاسترداد ، وهو جواب ظاهر الرواية ، وبه أفتى بعضهم ... إن غر المشترى البائع فله أن يسترد ، وكذا إن غر البائع المشترى له أن يرد . . . قال البائع للمشترى قيمته كذا فاشتراه ، ثم ظهر أنها أقل ، فله الرد ، وإن لم يقل فلا ، وبه أفتى صدر الإسلام . . . ولو لم يغره البائع ولكن غره الدلال فله الرد . ولو اشترى فيلق الإبريسم خارج البلد ممن لم يكن عالماً بسعر البلد بغبن فاحش ، فللبائع أن يرجع على المشترى بالفياق ، مثله فى حق المشترى . . . فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بغبن فاحش . ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به . وفى خزانة الفتاوى خدع بغبن فاحش فالمذهب ليس له الرد ، وقال أبو بكر الزرنجرى يفتى بالرد اه . وبعضهم أفتى به إن غره الآخر ، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من عدم الرد مطلقاً . وفى الصيرفية اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشترى ، وكذا فى واقعات الجصاص ، وعليه أكثر روايات المضاربة ، وبه يفتى ، واختاره النسفى وأبو اليسر البزدوى . وقال الإمام جمال الدين جدى إن غره فله الرد ، وإلا فلا . والصحيح أن ما يدخل تحت تقويم المقومين فيسير ، وما لا ففاحش اه . وكما يكون المشترى مغبوناً مغروراً يكون البائع كذلك ، كما فى فتاوى قارئ الهداية » .

وجاء فى الدر المختار (جزء ٤ ص ٢٤٦) : « اعلم أنه لا رد بغبن فاحش — هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين — فى ظاهر الرواية . وبه أفتى بعضهم مطلقاً كما فى القنية . ثم رقم وقال : ويفتى بالرد رفقاً بالناس ، وعليه أكثر روايات

المضاربة وبه يفتى . ثم رقم وقال : إن غره ، أى غر المشترى البائع أو بالعكس أو غره الدلال ، فله الرد ، وإلا لا ، وبه أفتى صدر الإسلام وغيره » .

وقد حرر ابن عابدين هذه المسألة فى المذهب الحنفى فى رسالته المعروفة « تحبير التحرير فى إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير » ، حيث يقول (رسائل ابن عابدين جزء ٢ ص ٧) : « وأما دعوى البالغين الغبن وفسخهم البيع به ففيها أقوال ثلاثة . قيل تصح ويفسخ مطلقاً . وقيل لا مطلقاً . وقيل بالتفصيل : إن غره نعم ، وإلا فلا ، وبه أفتى أكثر العلماء رفقاً بالناس . ومشى عليه فى متن التنوير آخر باب المرابحة . وفى الزيلعى والصحيح أن يفتى بالرد إن غره ، وإلا فلا . وبه أفتى الخير الرملى قبيل البيع الفاسد ، حيث سئل هل له خيار الفسخ به حيث غره بذلك ، أجاب نعم له فسخ البيع بذلك والحالة هذه . وقد ذكر المسألة فى فتاوى قارئ الهداية فى ثلاثة مواضع منها ، وكذا ذكره الزيلعى فى باب التولية والمرابحة وصاحب البحر وصاحب منح الغفار وكثير من الأسفار . فاختار بعضهم الرد مطلقاً ، وبعضهم عدمه مطلقاً ، والصحيح الذى يفتى به إن غره رد وإلا فلا . انتهى . ونقل قبله فى الخيرية قوله وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقاً بالناس انتهى . فإن قلت لم أطلقتم الجواب فى فسخ القاصر بعد بلوغه بدون اشتراط التغرير ، قلت إن البالغ العاقل يصح شراؤه وبيعه لنفسه بما عز وهان ، فصح تعرفه . لكن إن غره البائع مثلا فهو معذور ، فيثبت له خيار الرد . بخلاف وصى القاصر ، فإن تصرفه فى مال القاصر منوط بالمصلحة ، وليس من المصلحة بيعه مال القاصر بالغبن الفاحش ولو بدون تغرير » .

ويخلص مما تقدم أن الصحيح الذى يفتى به فى المذهب الحنفى هو أن الغبن الفاحش إذا صحبه تغرير جاز الرد به ، وإن لم يصحبه تغرير فلا رد . وهذا ما لم يكن الغبن فى مال المحجور أو فى مال الوقف أو بيت المال ، فيرد بالغبن الفاحش ولو لم يوجد تغرير . جاء فى المادة ٣٥٦ من المجلة : « إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغرير ، فليس للمغبون أن يفسخ البيع . إلا أنه إذا وجد الغبن وحده فى مال اليتيم لا يصح البيع . ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم » . (انظر أيضاً المادة ١٢٤ من التقنين المدنى العراقى — وانظر دعوى الغلط فى القسمة ، ويقرب من

أن يكون غلطاً فى القيمة ، فى المبسوط للسرخسى جزء ١٥ ص ٦٤ — ص ٦٩) .

والظاهر أيضاً فى مذهب الشافعى ألا رد بالغبن الفاحش إذا لم يوجد تغرير . جاء فى شرح البهجة لزكريا الأنصارى (جزء ٢ ص ٤٥٥) : « ولا يخيرون بغبن وإن فحش ، كالزجاج حيث . . . ظنها جوهرة حتى بالغ فيها بالثمن لتقصيره حيث لم يبحث » . وفى حاشية الشربينى تعقيباً على ما تقدم قوله : « ظنها جوهرة — خرج به ما لو قال له البائع هى جوهرة ، فإنه يثبت له الخيار » . ويخلص من ذلك أن الغبن المصحوب بالتغرير هو الذى يثبت الخيار ، أما الغبن المصحوب بالغلط فلا رد فيه . وجاء فى مغنى المحتاج على المنهاج (جزء ٢ ص ٦٥) : « كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمن كثير أو باع جوهرة يظنها زجاجة بمال قليل ، فإنه لا خيار فى الأولى للمشترى ، ولا للبائع فى الثانية » . وجاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (جزء ٤ ص ٧٤) : « ويجرى الخلاف فى إلباسه ثوباً مختصاً بحرفة من أرباب الصنائع ، كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمن الجوهرة لأنه المقصر . . . ووجه ما تقرر ، وإن استشكله ابن عبد السلام ، أن حقيقة الرضا المشترطة لصحة البيع لا تعتبر مع التقصير » . وجاء فى حاشية الشبراملسى تعقيباً على ما تقدم : « قوله : يظنها جوهرة — خرج به ما لو قال له البائع هى جوهرة فيثبت له الخيار فى هذه الحالة فيما يظهر . ويفرق بين هذا وبين ما لو قال اشتريت بكذا كاذباً ، أو زاد البائع فى السلعة وهى مع الدلال ليضر غيره بأن البائع ثَم لم يحدث فى ذات البيع صفة لا حقيقة ولا حكماً . وإخباره هنا عن الزجاجة بأنها جوهرة بمنزلة إحداث صفة تخيل للمشترى فيها ذلك ، فكان كتسويد الشعر وتجعيده بل أولى فليراجع . ثم الكلام حيث لم يسمها بغير جنسها وقت البيع . أما لو فعل ذلك . كما لو قال بعتك هذه الجوهرة ، فإن العقد باطل » .

وفى مذهب أحمد بن حنبل يثبت خيار الغبن فى صور ثلاث ، وكلها لا تخلو من التغرير . الأولى بيع متلقى الركبان أو السلع . والثانية النجش . وقد بينا ، فيما تقدم، ما تنطوى عليه كل صورة من هاتين الصورتين من الغش والتغرير . والثالثة بيع المسترسل ، وهو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ، فيستأمن العاقد معه ، فيغره ، فيكون للمسترسل خيار الغبن ، وقد صحب الغبن هنا أيضاً تغرير . وسيأتى

تفصيل ذلك فى التدليس . ويكفى هنا أن نذكر أن هناك فرقاً بين المسترسل وغير المسترسل . قد يشترك الاثنان فى الجهل بقيمة المبيع . ولكن المشترى المسترسل يستأمن البائع فيغره ، ومن ثم وجد التغرير فى البيع للمسترسل . أما غير المسترسل فيجهل قيمة المبيع ، لا لاستئمانه البائع ، ولكن للعجلة وعدم التثبت ، فجهل ما لو تثبت لعلمه ، فلم يكن له خيار ، لأن الغبن انبنى على تفريطه وتقصيره ولم ينبن على التغرير .

الاعتداد بالغبن إذا صحبه الغلط :

والاتجاه الثانى فى الفقه الإسلامى هو ، كما قدمنا ، الاعتداد بالغبن إذا صحبه الغلط ولو لم يصحبه التغرير . وهذا ظاهر فى مذهب مالك .

جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (٢٦٨) : « فى الغبن وهو على ثلاثة أنواع : الأول غبن لا يقام به ، وهو إذا زاد المشترى فى ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمشاكلة . والثانى غبن يقام به قل أو كثر ، وهو الغبن فى بيع الاسترسال واستسلام المشترى للبائع . والثالث اختلف فيه ، وهو ما عدا ذلك . وعلى القول بالقيام به ، فيقوم المغبون ، سواء كان بائعاً أو مشترياً ، إذا كان مقدار الثلث فأكثر ، وقيل لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد فما علم أنه غبن فللمغبون الخيار » .

ويتبين من ذلك أن الغبن فى مذهب مالك على ثلاثة أنواع : (أولا) غبن يقدم عليه العاقد وهو على بينة من أمره ، فهو لا يجهل قيمة السلعة ، ولكنه مع ذلك يشتريها بأكثر من قيمتها لغرض له فى ذلك قد يكون الرغبة الملحة فى الحصول على الشىء لقيمته الذاتية بالنسبة إلى المشترى ، وقد يكون مجرد المزاحمة والمشاكلة . ومثل هذا الغبن ، الذى لا يصحبه تغرير ولا غلط ، لا يعتد به ، لا فى الفقه الإسلامى ، ولا فى الشرائع الغربية ، إلا فى حالات محدودة نادرة حيث يؤثر مجرد الغبن المادى المحض فى لزوم التصرف ، كالغبن الواقع فى مال المحجور وفى مال الوقف وبيت المال كما سبق القول . (ثانياً) غبن يصحبه التغرير . ويرد هذا فى بيع الاسترسال وبيوع الأمانة وفى غيرها من المعاملات التى يلجأ فيها أحد العاقدين إلى طرق احتيالية توقع العاقد الآخر فى الغلط . وهذا هو التدليس أو الغبن مع التغرير .

وسيأتى تفصيله فيما يلى . (ثالثاً) غبن يقع فيه العاقد عن غلط فى قيمة المعقود عليه ، وهذا هو الغلط فى القيمة الذى نقف هنا عنده ، لنرى ما ورد فيه من النصوص .

جاء فى التاج والإكليل للمواق (هامش الحطاب ٤ ص ٤٦٨ — ٤٦٩) : « الغبن فى البيع إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق . ابن رشد لا يعذر أحد المتبايعين فيه إن كان فى بيع مكايسة ، هذا ظاهر المذهب . وقال أبو عمر الغبن فى بيع المستسلم المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه ، وبيع غيره المالك أمر نفسه لا أعلم فى لزومه خلافاً ولو كان بأضعاف القيمة . وقال اللخمى اختلف إذا تبايع الرجلان السلعة وأحدهما يعرف سوقها دون الآخر ، هل لمن جهل السوق منهما على من علمه مقال اهـ . وقال المتيطى تنازع البغداديون فى هذا ، وقال بعضهم إن زاد المشترى فى المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذلك إن باع بنقصان الثلث من قيمته ، على ما قاله القاضى أبو محمد وغيره . قال والأصل فى هذا أن ينظر إلى مدعى الجهل ، فإن كان معروفاً بذلك اجتهد له الحاكم اهـ . انظر من هذا المعنى فتيا الإمام المازرى ، قال حكى ابن القصار أن مذهب مالك للمغبون الرد إذا كان المغبون جاهلا بالقيم . . . قال البرازلى ونزل مثل هذا بزوجة شيخنا البطرونى ؛ فأفتى ابن عرفة بنقض بيعها لأوصاف ذكرها وعذرها من أجلها ، قال البرازلى وهذا ظاهر اهـ . وبنحو هذا أفتى ابن لب . وضمنه ابن عاصم فقال : ومن يغبن فى مبيع قاما — فشرطه ألا يجوز العاما — وأن يكون جاهلا بما صنع — والغبن بالثلث فما زاد وقع اهـ . . . قال أبو عمر واتفقوا أن النائب عن غيره فى بيع أو شراء من وكيل أو وصى إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله أنه مردود اهـ . وانظر أيضاً قد نصوا أن بيت المال أولى ما يحتاط له فالبيع عليه كالبيع على المحجور . سئل ابن لب عن دار مشتركة بين قوم ، منهم مالك أمر نفسه ، ومنهم محجور . باعوها من الغير ، ثم قاموا عليه بعد أعوام بالغبن ، فصالح بعض المالكين أمر أنفسهم ، وبقى بعضهم والمحجور . فأجاب أن مالك أمر نفسه مرور عام قاطع بحكم قيامه ، وأما المحجور فينظر له ، لكن ترك الوصى النظر لمحجوره من غير عذر معلوم كأنه مشعر بتفريطه لحق المحجور بطول المدة وتصرف المشترى وعمارته فى ذلك ، فالصواب ألا يتعرض للمشترى ، وأن تكون التبعة للمحجور بما نقصه على الناظر عليه » .

وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٤٧١-٤٧٢) : «ليس الخلاف على الإطلاق. إنما هو مقيد بأن يكون المغبون لم يستسلم إلى بائعه ، ويكون أيضاً من أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه ، وإنما وقع فى الغبن غلط يعتقد أنه غير غالط . فأما إذا علم القيمة فزاد عليها ، فهو كالواهب أو فعل ذلك لغرض له ، فلا مقال له . وكذلك إن استسلم لبائعه وأخبره أنه غير عالم بالقيمة ، فذكر له البائع ما غره به ؛ مثل أن يقول أعطيتُ فيها كذلك ويسمى له بائعها منه ، قال فهذا ممنوع باتفاق . . . والغبن قيل الثلث ، وقيل ما خرج عن المعتاد . . وصرح به فى الجواهر فقال إذا قلنا بإثبات الخيار بالغبن المتفاحش ، فقد اختلف الأصحاب فى تقديره . فمنهم من حده بالثلث فأكثر . ومنهم من قال لا حد له ، وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار ، فما علم أنه من التغابن الذى يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه فلا مقال فيه للمغبون باتفاق ، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار » .

وجاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ١٤١) : « قال المتيطى قال بعض البغداديين إن زاد المشترى فى المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذلك إن فسخ بنقصان الثلث من قيمته فأعلى ، إذا كان جاهلا بما صنع ، وقام قبل مجاوزة العام . وبهذا أفتى المازرى وابن عرفة والبرازلى وابن لب ، ومشى عليه ابن عاصم فى متن التحفة . . . قلت والعمل به مستمر عندنا بفاس » .

وجاء فى حاشية العدوى على الخرشى (جزء ٥ ص ١٥٢) : « حصل بعض الأشياخ فى القيام بالغبن وعدم القيام به ثلاث طرق . الأولى للقاضى عبد الوهاب فى المعونة : ثبوت الخيار لغير العارف باتفاق ، وفى العارف قولان . الثانية للمازرى : إن استسلم أى أخبر المشترى البائع أنه غير عارف بقيمته ، فقال له البائع قيمتها كذا ، فله الرد . وإن كان عالماً بالمبيع وثمنه ، فلا رد له . وخلاف فى هذين القسمين . وفيما عداها قولان . الطريقة الثالثة لصاحب المقدمات : البيع إن وقع على جهة الاسترسال والاستئمان ، وجب القيام بالغبن ، كقوله اشتر منى سلعتى كما تشترى من الناس ، وإن وقع على وجه المكايسة ، فلا قيام له باتفاق » .

وجاء فى البهجة فى شرح التحفة للتسولى (جزء ٢ ص ١٠٦ — ص ١٠٧) : « ومن يغبن فى مبيع . . . قام ، وأراد الرد به ، فشرطه . . . ألا يجوز العام ،

وأن يكون القائم جاهلا بما صنع من بيعه بأقل من القيمة أو شرائه بأكثر منها ، وأن يكون الغبن بالثلث . . وقيل لا قيام به إلا إذا زاد على الثلث ، وقيل يقام به مطلقاً . . . وظاهر النظم أنه إذا وجدت الشروط الثلاثة ، ثبت له القيام ، كان البيع بالمزايدة أو بالمساومة ، عرض البائع سلعته على أناس شتى أم لا . والذى فى الكراس الثالث من معاوضات المعيار مسلماً ما نصه : سئل الفقيه بركات البازوى عن القيام بالغبن هل يعم جميع البيوع أو يختص بغير بيع المزايدة ، وهل يتنزل منزلة بيع المزايدة تعريض صاحب السلعة بيعها على أناس شتى وترغيبه إياهم فيها . . . فأجاب أما بيع المزايدة فلا يتصور فيه غبن . . . وما ذاك إلا لكون قيمته هى ما وقفت عليه ولا سيما فى الأصول بعد المناداة عليها الشهر والشهرين . . . قال سيدى محمد بن عبد الصادق فى شرحه على المختصر ما نصه : الغبن على القول به إنما يعتبر يوم البيع ، فلا يعتبر تغير الأسواق بعد ذلك . وعليه فما وقع فى عصرنا هذا فى شراء الغلة الصيفية وكذلك شراؤهم ورق التوت ، ومن يشترى ذلك الغالب عليهم أنهم من أهل المعرفة بأثمان ذلك ، فحصل كساد كبير أذهب رؤوس الأموال لأربابها ، فقاموا بذلك ، فأفتوا بأنهم لا قيام لهم لأنه ليس بجائحة ، ولأن الغبن يعتبر فيه وقت العقد ، ولأن المشترى لذلك من أهل المعرفة »[1] .

ويخلص مما تقدم أن النوع الثالث من الغبن — وهو الغبن الذين يرجع إلى الغلط فى القيمة — اختلف فيه . فهناك رأى يذهب إلى أن الغبن ، حتى فى هذه الحالة ، لا يثبت الخيار ، وألا خيار فى الغبن إلا إذا صحبه تغرير ، كما هو ظاهر المذهب الحنفى والمذهب الشافعى ومذهب أحمد . وهناك رأى آخر فى مذهب مالك (وهو قول البغداديين المالكية) يذهب إلى أن الغبن فى هذه الحالة يثبت الخيار ، وذلك بشروط ثلاثة استخلصت من تحفة ابن عاصم : (الشرط الأول) أن يكون هناك غبن فاحش ، فى غير بيع المزايدة . والغبن الفاحش هو الثلث — زيادة فى البيع ونقصاً فى الشراء — على قول ، وعلى قول آخر بقدر ما لا يتغابن به الناس . وتعتبر القيمة وقت البيع . (الشرط الثانى) أن يكون الغبن راجعاً إلى جهل

---

(١) انظر أيضا فى الغبن فى مذهب مالك : شرح التاودى على هامش التسولى (جزء ٢ ص ١٠٦) — حاشية الصاوى على الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص ٦٣) — جواهر الإكليل للآبى الأزهرى (جزء ٢ ص ٤٩ — ص ٥٠) . السجلماسى ص ١٥٤ .

المغبون وغلطه فى قيمة المبيع . بل يجب فوق ذلك أن يكون المغبون معروفاً بعدم الخبرة ، وقد استغل العاقد الآخر عدم خبرته . وهذا يقرب من الاستغلال المعروف فى الفقه الغربى . وهو فى الوقت ذاته يكفل استقرار التعامل ، بأن يجعل العاقد الآخر عالماً بالغلط أو مستطيعاً أن يعلم ذلك . (الشرط الثالث) أن يقيم المغبون دعوى الغبن فى خلال عام من وقت صدور التصرف الذى وقع فيه الغبن . وذلك حتى لا يطول الوقت الذى يكون فيه هذا التصرف مزعزعاً قابلا للنقض ، بغية استقرار التعامل بين الناس .

فنرى من ذلك أن مذهب مالك يتسع للقول بأن الغلط فى قيمة البيع يعتد به ، ما دام العاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الغلط ، وما دام العاقد المغبون يقيم دعوى الغبن فى مدة العام .

الاستغلال فى الفقه الإسلامى :

بل يمكن القول إن الغلط فى القيمة على النحو المتقدم إنما ينطوى على استغلال العاقد المغبون فى عدم خبرته ، أو فى غباته ورعونته . ونقرأ شيئاً من هذا فى المذهب الحنفى ذاته . يقول الحموى فى غمز عيون البصائر (جزء ٢ ص ١٩٥) فى هذا المعنى : « خيار الغبن يثبت فى صورة الوكيل والوصى ، وفى صورة تغرير البائع المشترى ، بأن كان المشترى غبياً لا يعرف ، فقال البائع اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه ، فاشتراه مغتراً بقوله ، فله خيار الغبن » .

بل إن فى المذهب الحنفى قد يستغل العاقد المغبون فى حاجته الملحة إذا كان مضطراً إلى التعاقد . وهذا هو بيع المضطر وشراؤه . جاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤٦) : « بيع المضطر وشراؤه فاسد . وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو لباس أو غيرها ، ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير . وكذلك فى الشراء منه ، إذا لم يرض المشترى إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش . ومثاله ما لو ألزم القاضى ببيع ماله لإيفاء دينه ، أو ألزم الذمى ببيع مصحف ، ونحو ذلك . . . لكن سيذكر فى الإكراه لو صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع صح . والحيلة أن يقول من أين أعطى ، فإذا قال الظالم بع كذا فقد صار مكرهاً فيه .

فأفاد أنه بمجرد المصادرة لا يكون مكرهاً بل يصح بيعه إلا إذا أمره بالبيع . مع أنه بدون أمر مضطر إلى البيع ، حيث لا يمكنه غيره ، وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل . نعم العبارة مطلقة ، يمكن تقييدها بأنه إنما يصح لو باع بثمن المثل أو غبن غير فاحش » .

فتكمل بذلك صور الاستغلال المعروفة فى الفقه الغربى : استغلال العاقد المغبون فى عدم خبرته ، أو فى حاجته ، أو فى طيشه ورعونته . وفى هذا يقرب الفقه الإسلامى كثيراً من الفقه الغربى فى أحدث صورة له ، وفى آخر مرحلة من مراحل تطوره [1] .

§ ٣ – الغلط فى القانون

الغلط فى القانون فى الفقه الغربى :

فى الفقه الغربى ، الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يعيب الإرادة ، ويجعل العقد قابلا للإبطال . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٢٢ من التقنين المدنى المصرى إذ تقول : « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع . . . » (انظر أيضاً المادة ١٢٣ من التقنين المدنى السورى والمادة ١٢٢ من التقنين المدنى الليبى وهما مطابقتان لنص التقنين المدنى المصرى) .

وقد كان يوقع اللبس فى هذه المسألة وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة إنما يكون فى الأحكام القانونية التى تعتبر من النظام العام ، كالقوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية ومنها القانون الذى يضع حداً أقصى للفوائد على سبيل المثال .

ومن الأمثلة على الغلط فى القانون الذى يجعل العقد قابلا للإبطال أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعى وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، وأن يهب رجل

---

(١) وقد نصت المادة ١٢٥ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، فلحقه من تعاقده غبن فاحش ، جاز له فى خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول . فإذا كان التصرف الذى صدر منه تبرعاً ، جاز له فى هذه المدة أن ينقضه » . قارن المادة ١٢٩ من التقنين المدنى المصرى والمادة ١٣٠ من التقنين المدنى السورى والمادة ١٢٩ من التقنين المدنى الليبى .

لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعى ينقلب بائناً بانقضاء العدة ، وأن يبيع وارث حصته فى التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف (انظر فى كل ذلك الوسيط جزء أول فقرة ١٧٤ ، ص ٣٠٥ — ص ٣٠٨) .

الغلط فى القانون فى الفقه الإسلامى :

الظاهر فى الفقه الإسلامى — وبخاصة فى علم أصول الفقه — أن الجهل بالقانون يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير . فمن جهل القانون ، وكان مقصراً فى هذا الجهل ، حوسب على جهله ، ولم يعتد بخطئه فى القانون . ومن جهل القانون ، ولم يكن مقصراً فى هذا الجهل ، عذر لجهله ، واعتد بخطئه .

جاء فى فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم (جزء ٣ ص ١٠٥ — ص ١٠٦) : « ومن هذا القبيل حربى دخل دارنا فأسلم ، فشرب الخمر جاهلا بالحرمة ، لا يحد . بخلاف ما إذا زنى ، لأن جهله بحرمة الزنا لا يكون شبهة ، لأن الزنا حرام فى جميع الأديان ، فلا يكون جهله عذراً بخلاف الخمر . فما فى المحيط وغيره : شرط الحد ألا يظن الزنا حلالا ، مشكل . بخلاف الذمى إذا أسلم فشرب ، يحد لظهور الحكم فى دار الإسلام ، فجهله بتقصيره . والثالث الجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنه (أى جهله بالشرائع) يكون عذراً . فلو ترك صلوات جاهلا لزومها فى الإسلام ، لا قضاء . وكذا كل خطاب تركه ولم يشتهر فجهله عذر ، لقوله تعالى : « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا » ، نزلت فى الذين شربوا بعد تحريمها غير عالمين بخلافه بعد الانتشار... وملحق به (أى بهذا الجهل) جهل الشفيع بالبيع ، فلو باع الدار المشفوع بها بعد بيع دار بجوارها غير عالم لا يكون تسليماً للشفعة . وجهل الأمة المنكوحة بالإعتاق فلم تفسخ ، وكذا لو علمته وجهلت ثبوت الخيار لها شرعاً لا يبطل خيارها وعذرت . . . بخلاف الحرة زوجها غير الأب والجد صغيرة ، فبلغت جاهلة بثبوت حق الفسخ لها ، لا تعذر ، لأن الدار دار علم وليس للحرة ما يشغلها عن التعلم ، فكأن جهلها لتقصيرها

بخلاف الأمة » [١].

ويتبين مما تقدم أن المعيار فى أن يكون الجهل بالقانون عذراً أو غير عذر هو انتفاء التقصير أو ثبوته . فالحربى إذا أسلم وشرب الخمر معذور ، بجهله بأن شرب الخمر محرم ، وهو غير مقصر فى هذا الجهل ، لأن حكم تحريم الخمر فيه خفاء ، ولم تسبق له السكنى فى دار الإسلام . أما إذا كان ذمياً وأسلم ، فهو مقصر فى جهله بتحريم الخمر ، لأنه عاش فى دار الإسلام وكان يستطيع أن يعلم بالحكم لذيوعه فى هذه الدار . أما الزنا فالجهل بتحريمه ليس عذراً ، سواء أكان ذمياً أم حربياً ، لأن الزنا حرام فى جميع الأديان . وجهل الأمة بأن لها الخيار فى فسخ الزواج إذا أعتقها سيدها الذى تزوج منها وهى أمة يعتبر عذراً ، لأن فى حالة الرق ما يشغلها عن التعلم . ولا كذلك الحرة التى زوجها غير الأب والجد وهى صغيرة ، فإن لها الخيار إذا بلغت ، وجهلها بهذا الخيار ليس بعذر ، لأنه ليس للحرة ما يشغلها عن التعلم .

ونرى من ذلك أن الفقه الإسلامى يتشدد فى جعل الجهل بالقانون عذراً . فالأصل أنه ليس بعذر . ولا يكون عذراً إلا إذا قامت ملابسات خاصة تنفى تهمة التقصير المفروضة فى جانب من يجهل القانون . وإذا كان هناك شىء من التساهل فى الحدود ، فذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

وقد جاء فى الأشباه والنظائر (ص ١٦٧ – ص ١٦٨) لابن نجيم أيضاً فى هذا المعنى : « وأما الجهل فحقيقته عدم العلم عما من شأنه العلم . فإن قارن اعتقاد النقيض فهو مركب ، وهو المراد بالشعور بالشىء على خلاف ما هو به . وإلا فبسيط ، وهو المراد بعدم الشعور . وأقسامه على ما ذكره الأصوليون كما فى المنار أربعة . . . والثانى الجهل فى موضع الاجتهاد الصحيح أو فى موضع الشبهة ، وأنه يصلح عذراً وشبهة ، كالمحتجم إذا أفطر على ظن أنها فطرته ، وكمن زنى بجارية والده أو زوجته على ظن أنها تحل له . والثالث الجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر ، وأنه يكون عذراً . ويلحق به جهل الشفيع وجهل الأمة بإعتاق وجهل البكر بنكاح

(١) انظر فى الغلط فى القانون فى الفقه الإسلامى بدرو ديب فى نظرية الباعث فى المذهب الحنفى ص ١٢٥ – ص ١٢٨ . شكرى قرداحى فى القانون والأخلاق ، ص ٣٧ – ص ٣٨ .

ولى وجهل الوكيل والمأذون بالإطلاق وضده . . . وقالوا لو لم تعلم الأمة بأن لها خيار العتق لا يبطل بسكوتها ، ولو لم تعلم الصغيرة خيار البلوغ بطل . . . وفى آخر اليتيمة ظن بجهله أن ما فعله من المحظورات حلال له ، فإن كان مما يعلم من دين النبى صلى الله عليه وسلم ضرورة كفر ، وإلا فلا . . . وفى إقرار اليتيمة سئل على ابن أحمد عن رجل أقر أن عليه لفلان حنطة من سلم عقداه بينهما ، ثم إنه بعد ذلك قال سألت الفقهاء عن العقد فقالوا هو فاسد فلا يجب على شىء ، والمقر معروف بالجهل ، هل يؤاخذ بإقراره ، فقال لا يسقط عنه الحق بدعوى الجهل اه . وقال قبله إذا أقر بالطلاق الثلاث على ظن صدق المفتى بالوقوع ثم تبين خطأه بإفتاء الأهل ، لم يقع ديانة ولا يصدق فى الحكم . . . ومما فرقوا فيه بين العلم والجهل ما فى وكالة الخانية الوكيل بقضاء الدين إذا دفعه إلى الطالب بعدما وهب الدين من المديون ، قالوا إن علم الوكيل بالهبة ضمن ، وإلا فلا . ولو دفع إلى الطالب بعد ردته ، قالوا إن علم الوكيل بطريق الفقه أن الدفع إلى الطالب بعد ردته لا يجوز ضمن ما دفعه ، وإلا فلا . . وفى وكالة الولوالجية إذا عفا بعض الورثة عن القاتل عمداً ثم قتله الباقى ، إن علم أن عفو البعض يسقط القصاص اقتص منه ، وإلا فلا ، لأن هذا مما يشكل على الناس » .

ونورد بعد ذلك مثلين ، فى الأول منهما يعتبر الجهل بالقانون عذراً لخفاء الحكم ، وفى الثانى لا يعتبر عذراً لوضوح الحكم بحيث يكون الجهل به تقصيراً .

جاء فى مجمع الضمانات (ص ٤٥٤) : « الغرور لا يوجب الرجوع . فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص ، أو كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات ، لا ضمان » . فلو سأل رجل آخر عن الطريق فقال له اسلكه فإنه آمن ، فهو لا يضمن إذا سلك الرجل الطريق وأخذته اللصوص . وهذا حكم فيه خفاء . فلو ظن أنه يضمن ، فدفع ، كان له أن يسترد ما دفع (العقود الدرية جزء ١ ص ٢٨٥ — پدرو ديب فى نظرية الباعث فى المذهب الحنفى ص ١٢٥ — شكرى قرداحى فى القانون والأخلاق جزء ٢ ص ٣٧ — ٣٨) . ذلك أن الجهل بالقانون هنا يعتبر عذراً ، فيعتد بالغلط ، ويكون الدفع وفاء بغير المستحق ، فيجوز استرداده .

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٥١) : « . . كمن اشترى منقولا . فطلب جاره الشفعة ، فظن المشترى أن له شفعة ، فسلم إليه . ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر ، لم يكن له ذلك ، لأنه لما سلم إليه صار ذلك بيعاً بينهما » . فالمشترى هنا ظن خطأ أن الشفعة تجوز فى المنقول . وهذا جهل لا يعتبر عذراً لأنه ينطوى على تقصير فى جانب المشترى لوضوح الحكم ؛ فلا يجوز له الرجوع فى البيع الذى اندفع إليه بسبب هذا الجهل ؛ ويكون البيع لازماً[١] .

المبحث الثانى
التدليس

المطلب الأول
التدليس فى الفقه الغربى

التدليس والغلط :

التدليس هو إيقاع المتعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد . فالتدليس إذن لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذى يولده فى نفس المتعاقد . على أنه إذا وقع المتعاقد

---

(١) لما كانت نصوص التقنين المدنى العراقى أريد بها التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامى والفقه الغربى (ممثلا فى التقنين المدنى المصرى) ، فنورد هنا من هذه النصوص ما يتعلق منها بالغلط : م ١١٧ – ١ : إذا وقع غلط فى محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه ، فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه . وإن اتحد الجنس واختلف الوصف ، فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ، إلا أن يكون موقوفاً على إجازة العقد – ٢ . فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج ، بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر ، فظهر أصفر ، أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب ، يكون البيع موقوفاً على إجازه المشترى . م ١١٨ : لا عبرة بالظن البين خطأه ، فلا ينفذ العقد : ١ . إذا وقع غلط فى صفة للشىء تكون جوهرية فى نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك ، للظروف التى تم فيها العقد ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية – ٢ . إذا وقع غلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد – ٣ . إذا وقع غلط فى أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذى يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد . م ١١٩ : لا يجوز للمتعاقد الذى وقع فى غلط أن يتمسك به ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع فى نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده . م ١٢٠ : لا يؤثر فى نفاذ العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا الغلط المادى ، وإنما يجب تصحيح هذا الغلط .

فى غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عمليًّا بين أن يكون مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر الفرق فى أمرين :

أولا : يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس ، فإن الطرق الاحتيالية التى تستعمل عادة فى التدليس تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تدليس، فإنه يصبح أمراً نفسيًّا ليس من الميسور إثباته . ومن ثم كان إبطال العقد للتدليس أقل إخلالا باستقرار التعامل من إبطال العقد للغلط .

ثانياً : إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً فى إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد ، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ فى جانب المتعاقد الذى علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

عناصر التدليس :

تنص المادة ١٢٥ من التقنين المدنى على أنه : « ١ — يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد . ٢ — ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » . وتنص المادة ١٢٦ من نفس التقنين على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين . فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس» (انظر أيضاً المادتين ١٢٦ و١٢٧ من التقنين المدنى السورى والمادتين ١٢٥ و ١٢٦ من التقنين المدنى الليبى ، وهذه النصوص مطابقة لنصوص التقنين المدنى المصرى — وانظر المادتين ٢٠٨ و ٢٠٩ من تقنين الالتزامات اللبنانى وهما يتفقان فى أحكامهما مع أحكام نصوص التقنين المدنى المصرى — وسنورد نصوص التقنين المدنى العراقى فى نهاية البحث) .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين : (١) استعمال طرق

احتيالية . (٢) تحمل على التعاقد . ولا فرق بعد ذلك بين ما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير .

استعمال طرق احتيالية :

يجب أن تكون هذه الطرق كافيه لتضليل المتعاقد ، وينظر فى ذلك إلى حالة كل متعاقد وظروفه وملابساته .

وكثيراً ما تكون الطرق الاحتيالية أعمالا مادية : مظاهر من الإعلان تخدع الناس ، أو اصطناع مستندات مزورة ، أو اتخاذ صفات منتحلة ، ونحو ذلك .

وقد يكون الكذب كافياً للتدليس ، ما دام هذا الكذب قد ألبس على المتعاقد وجه الحق ، فدفعه إلى التعاقد غشًّا وتضليلا .

بل قد يكون للتدليس عملا سلبيًّا محضاً . فيكفى مجرد الكتمان طريقاً احتياليًّا إذا توافرت الشروط الآتية فى الأمر الذى بقى مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً (٢) أن يعرفه العاقد المدلس ويتعمد كتمه. (٣) أن يجهله العاقد المدلس عليه ولا يستطيع أن يعرفه من طريق آخر. وأكثر ما يكون الكتمان تدليساً فى عقود التأمين .

التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك ، فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان التدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم ، وبحالة العاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب .

التدليس صادر من العاقد الآخر أو من الغير :

ويستوى أن يكون التدليس صادراً من أحد العاقدين أو صادراً من الغير . فإذا صدر التدليس من الغير ، فليس للعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن العاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم ، بهذا التدليس .

المطلب الثانى

التدليس أو التغرير فى الفقه الإسلامى

التدليس فى الفقه الإسلامى أكثر بروزاً من الغلط :

إذا كنا قد شعرنا بالحاجة — فى سبيل إقامة نظرية عامة للغلط فى الفقه الإسلامى — إلى جمع مواد هذه النظرية من مظانها المختلفة ، وإلى لم شتاتها من مواطن متفرقة ، فلا حاجة بنا ، ونحن نعرض الآن لنظرية التدليس ، إلى هذا الجهد .

فالتغرير معروف فى الفقه الإسلامى . ويتحدث عنه الفقهاء فى أماكن متقاربة. بل هو ، فى الفقه المالكى وغيره من المذاهب ، يدعى فى بعض المواطن بالتدليس .

والسبب فى بروز نظرية التغرير هو أن هذه النظرية لا ضير منها على استقرار التعامل . فالتغرير ليس كالغلط بالشىء النفسى الذى ينطوى عليه الضمير ، وقد يعلم به العاقد الآخر وقد لا يعلم . إذ المدلس هو فى العادة أحد العاقدين ، فيعلم ضرورة بما وقع فيه العاقد المدلس عليه من الغلط ، بل كان هو المتسبب فيه . وحتى إذا كان التدليس قد صدر من الغير ، فإن هذا الغير لابد أن يكون متواطئاً مع العاقد نفسه ، أو فى القليل لا بد أن يكون العاقد على علم بالتدليس الصادر من الغير أو أن يكون فى استطاعته أن يعلم ذلك .

فنى نظرية التغرير إذن يمكن التوفيق ، فى كثير من اليسر ، بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل . لذلك وصل الفقه الإسلامى فى هذه النظرية إلى مدى بعيد ، لا يقل عن المدى الذى وصل إليه الفقه الغربى . فهو يعرف التغرير باستعمال طرق احتيالية ، ويعرفه عن طريق مجرد الكذب ، بل يعرفه عن طريق محض الكتمان . ثم هو ، كالفقه الغربى ، يعتد بالتدليس الصادر من الغير .

التغرير باستعمال طرق احتيالية :

وهذا ما يسمى بالتغرير الفعلى . ويقع بعمل من العاقد يقصد به إلى تضليل العاقد الآخر فى حقيقة المعقود عليه ، ويدفعه بذلك إلى التعاقد بغبن ولو كان يسيراً . من ذلك أن يصبغ الثوب القديم ليظهره جديداً . ومن ذلك أن يلطخ ثوب العبد بالسواد ليوهم أنه كاتب . ومن ذلك حبس أموال الرحى والقنى تخييلا لكثرتها . ومن ذلك تسويد شعر الجارية لإخفاء بياضه ، أو تجعيده لإخفاء سبطته ، أوتحمير وجهها لتغطية صفرته ، فتبدو الجارية أجمل مما هى ليزيد ثمنها . ومن ذلك تصرية الإبل والبقر والغنم لينتفخ ضرعها فيتوهم المبتاع أنها كثيرة اللبن . هذه جملة من الطرق الاحتيالية التى كانت تستعمل ، وقد سجلها الفقه الإسلامى ، هى وغيرها ، فى كثير من نصوصه . ونورد هنا طائفة من هذه النصوص .

جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٤٣٧ — ص ٤٣٨) : « التغرير الفعلى ، كالشرطى ، وهو أن يفعل البائع فى المبيع فعلا يظن به المشترى كمالا فلا يوجد . قاله ابن شاس ، وهو أحسن من قول التوضيح والشارح وهو أن يفعل البائع فى المبيع فعلا يستر به عيبه فيظهر فى صورة السالم اهـ ، قصر هذا الكلام فيما يستر العيب فقط ، وشمول الفعل لا يستر عيباً وإنما يظهر كمالا . . . ومنه صبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد . . . ومنه . . من ابتاع ثياباً فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برقمها ولم يقل قامت على بكذا ، شدد مالك كراهة فعله واتقى فيه وجه الخلابة . ابن أبى زمنين : إن وقع خير فيه مبتاعه ، وإن فات رد بقيمته . . . وقال فى المسائل الملقوطة الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف ، وبالفعل يضمن بلا خلاف » . وجاء فى المواق (على هامش الحطاب ٤ ص ٤٣٧) : « قال ابن الحاجب التغرير الفعلى كالشرطى ، وهو فعل يظن به كمال ، كتلطيخ الثوب بالمداد . . وتصوير المازرى أبين ، قال كما لو باع غلاماً فى ثوبه أثر المداد وبيده الدواة والقلم فإذا به أمى . ومن هذا قول المدونة : من ابتاع ثياباً فرقم عليها أكثر مما ابتاعها وباعها برقمها ولم يقل قامت على بكذا ، شدد مالك كراهة فعله واتقى وجه الخلابة . ابن أبى زمنين : إن وقع خير فيه مبتاعه ، وإن فات رد بقيمته » . وأكثر كتب الفقه المالكى تتضمن عبارات مماثلة لما تقدم .

وفى الفقه الشافعى ، جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى (جزء ٤ ص ٧٣ — ص ٧٤) : «وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الإجارة ، حتى يتوهم المشترى أو المستأجر كثرته فيزيد فى عوضه ، ومثلهما جميع المعاوضات . وتحمير الوجه وتوريمه ووضع نحو قطن فى شدقها . وتسويد الشعر وتجعيده الدال على قوة البدن ، وهو ما فيه التواء وانقباض لا كفلفل السودان ، يثبت الخيار ، بجامع التدليس أو الغرر ، وشمل إطلاقه الذكر والأنثى . . . ولا بد فى ثبوت الخيار من أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع حتى لا ينسب المشترى إلى تقصير . لا لطخ ثوبه (أى الرقيق) بمداد تخييلا لكتابته ، أو إلباسه ثوباً نحو خباز ليوهم أنه كاتب أو خباز ، أو توريم ضرع الحيوان ، فلا رد له به فى الأصح ، إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشترى بعدم امتحانه والبحث عنه» . ونرى من ذلك أن شرط الطرق الاحتيالية أن تكون بحيث تضلل غالب الناس ، فإذا لم تكن كذلك وكان العاقد يستطيع أن يتبين الحقيقة فهو مقصر إذا لم يتبينها ، ولا يثبت بها خيار التدليس . فتلطيخ ثوب العبد بالمداد ، وإن كان فقهاء المالكية يرونه تدليساً فيما قدمناه ، لارد فيه فى المذهب الشافعى ، إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشترى بعدم امتحان العبد وكتب الشافعية حافلة بمثل ما قدمناه من العبارات .

وفى الفقه الحنبلى ، جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (المغنى جزء ٤ ص ٨٠ — ص ٨١) : «خيار التدليس بما يزيد الثمن ، كتصرية اللبن فى الضرع ، وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده ، وجمع ماء الرحى وإرساله عند عرضها ، فهذا يثبت للمشترى خيار الرد . . . وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لأجله . . . وبهذا قال الشافعى . ووافق أبو حنيفة فى تسويد الشعر ، وقال فى تجعيده لا يثبت به خيار لأنه تدليس بما ليس بعيب ، أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً ، وما ذكروه ينتقض بتسويد الشعر . وأما تسويد أنامل العبد فليس بمنحصر فى كونه كاتباً لأنه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمعاً لا يستحق به فسخاً» . ونرى من ذلك أن الفقهاء ، وإن اتفقوا على مبدأ التدليس ، اختلفوا فى تطبيقاته . فالشىء الواحد

يعتبره بعض الفقهاء تدليساً ، ولا يعتبره كذلك بعض آخر .

وفى الفقه الحنفى – وهو من أقل المذاهب اعتداداً بالتدليس – جاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤٩) عن بيع الشاة المصراة : « روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تُصَرّوا الإبل والغنم ؛ فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظارين بعد أن يحلبها ، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر ، متفق عليه شرح التحرير . وتصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية ، وهى ربط ضرع الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حتى يجتمع اللبن . قال الشارح فى شرحه على المنار وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة ، والتمر ليس منهما ، فكان مخالفاً للقياس ، ومخالفته مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين ، فلم يعمل به لما مر . فيرد قيمة اللبن عند أبى يوسف ، وقال أبو حنيفة ويرجع على البائع بأرشها اه . وفى شرح التحرير وقد اختلف العلماء فى حكمها ، فذهب إلى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة وأبو يوسف على ما فى شرح الطحاوى للأسبيجابى نقلا عن أصحاب الأمالى عنه ، والمذكور عنه للخطابى وابن قديمة أنه يردها مع قيمة اللبن . ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به لأنه خبر مخالف للأصول اه . والحاصل كما فى الحقائق أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن ، ليس له أن يردها عندنا . وعند الشافعى وغيره له أن يردها مع اللبن لو قائماً ، أو مع صاع تمر لو هالكاً . وهل يرجع بالنقصان عندنا ، فعلى رواية الطحاوى نعم ، قال فى شرح المجمع وهو المختار ؛ لأن البائع بفعل التصرية غر المشترى فصار كما إذا غره بقوله إنها لبون » . ونرى من ذلك أن المذهب الحنفى يعتد بالتدليس فى التصرية والخلاف فى الجزاء على هذا التدليس . فأبو حنيفة ومحمد لا يذهبان إلى حد فسخ العقد ، ويقتصران على رجوع المشترى بالنقصان . أما أبو يوسف فيذهب ، مع الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، إلى حد فسخ العقد .

ويورد صاحب الشرح الكبير على متن المقنع خلاصة لهذا الخلاف فيقول (هامش المغنى جزء ٤ ص ٨٠ – ص ٨١) : « التصرية جمع اللبن فى الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن فى ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ؛ ويقال صرى الماء فى الحوض ، وصرى الطعام فى فيه . . . قال البخارى أصل التصرية حبس

الماء ، يقال صريت الماء ، ويقال للمصرّاة المحفّلة ، وهو من الجمع أيضاً ، ومنه سميت مجامع الناس محافل . والتصرية حرام إذا أريد بها التدليس على المشترى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا تصروا الإبل » . وروى ابن ماجة بإسناده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « بيع المحفلات خلابة » . . . فمن اشترى مصراة من بهيمة الأنعام وهو لا يعلم تصريتها ثم علم ، فله الخيار فى الرد والإمساك . روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وأنس ، وإليه ذهب مالك وابن أبى ليلى والشافعى وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم . وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب ، بدليل أنها لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار ، كما لو علقها فانتفخ بطنها فظن المشترى أنها حامل . ولنا ما روى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر ، متفق عليه . وروى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإن ردها رد معها مثلى لبنها قمحاً ، رواه أبو داود . ولأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد ، كالشمطاء إذا سود شعرها ، وبه يبطل قياسهم فإن بياضه ليس بعيب كالكبر ، وإذا دلسه ثبت له الخيار . وأما انتفاخ البطن فقد يكون لغير الحمل فلا معنى لحمله عليه . وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول النبى صلى الله عليه وسلم أولى ، إذا ثبت هذا ، فإنما يثبت الخيار إذا لم يعلم المشترى بالتصرية ، فإن كان عالماً لم يثبت له خيار . وقال أصحاب الشافعى يثبت له الخيار فى وجه للخبر ، ولأن انقطاع اللبن لم يوجد وقد يتبقى على حاله كما لو تزوجت عنيناً ثم طلبت الفسخ . ولنا أنه اشتراها عالماً بالتدليس فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى من سود شعرها عالماً بذلك ، ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه ، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعاق عليه حكم ، والأصل الذى قاسوا عليه ممنوع » .

وجاء فى المواق (على هامش الحطاب ٤ ص ٤٣٧) : « قال مالك حديث المصراة متبع ليس لأحد فيه رأى . وقال أشهب لا نأخذ به لأنه قد جاء ما هو أثبت

منه وهو الخراج بالضمان . . . وحديث الخراج بالضمان عام وحديث المصراة مخصص لبعض ما اشتمل عليه حديث الخراج بالضمان ، والخصوص يقضى به على العام كما أن المفسر يقضى به على المجمل . . . وإن كان ذلك ببلد ليس عيشهم التمر أعطى الصاع من عيش ذلك البلد ، وعيش أهل مصر الحنطة فليعطوا منها [(١)] » .

ومن الطرق الاحتيالية التى تستعمل للتدليس النجش فى صورتيه . إذا تواطأ البائع مع الناجش لينجش السلعة فيعلى ثمنها ويبلغه إلى أكثر من قيمتها ، فهذا تدليس يوجب للمشترى عند مالك خيار الرد . وإذا اتفق المشترى مع منافسيه ممن يرغبون فى المزايدة على أن يكفوا ، فيتمكن من شراء السلعة بثمن بخس ، فهذا أيضاً تدليس يوجب للبائع عند مالك الخيار . وقد مضى القول فى ذلك .

التغرير عن طريق مجرد الكذب :

بياعات الأمانة :

حدد الفقه الإسلامى منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة فى التعامل إلى أبعد مدى ، ولا يسمح فيها بأى غش ، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتدليساً . وهذه هى ما تسمى ببياعات الأمانة . فيفسح فيها الفقه الإسلامى السبيل لمن قلت خبرته فى التعامل ، أو فى ضرب يقدم عليه من ضروبه ، أن يتوقى غش الناس إياه ، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريراً . وهكذا يتقدم الفقه الإسلامى لمعونة من هو فى حاجة إلى الحماية ، يدفع عنه الأذى ، ويرفع عنه الغبن .

وجملة القول فى بياعات الأمانة هذه أن المبتاع ، وهو يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته ، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذى اشترى به البائع

---

(١) انظر فى التصرية : المغنى ٤ ص ٢٢٣ — ص ٢٢٨ — الفروع ٢ ص ٥٠٦ — ٥٠٧ الحطاب ٤ ص ٤٣٧ — ص ٤٣٩ — الخرشى ٥ ص ١٣٣ — ١٣٥ — الصاوى ٢ ص ٥٣ — الدسوقى ٣ ص ١١٦ — ص ١١٩ — الآبى ٢ ص ٤٢ — ٤٣ — المهذب ١ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣ — الرملى ٤ ص ٦٩ — ص ٧٣ — شرح البهجة لزكريا الأنصارى ٢ ص ٤٥٤ — ص ٤٥٥ — مغنى المحتاج للشربينى ٢ ص ٦٣ — ص ٦٥ — إعانة الطالبين للسيد البكرى ٣ ص ٣٢ — الشرقاوى على التحرير ٢ ص ١٢ — ص ١٣ — قليوبى وعميرة على منهاج الطالبين ٢ ص ٢٠٩ — ٢١٠ .

نفسه هذه السلعة . فإما أن يزيده فيها قدراً معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلى ، ويسمى البيع مرابحة . وإما أن ينقصه قدراً معلوماً يطرح من الثمن الأصلى ويحمل البائع فيه الخسارة ، ويسمى البيع وضيعة . وإما ألا يزيد ولا ينقص ، بل يشترى السلعة بمثل ثمنها الأصلى ، ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشترى كل السلعة ، أو إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن .

ومن ثم نرى ما لبيان الثمن الأصلى الذى اشترى به البائع السلعة من أهمية وخطر . فهو الأساس الذى تقوم عليه الصفقة . فلا بد من أن يفضى به البائع بكل ما تقتضيه الأمانة ونزاهة التعامل من بيان وتفصيل . فالمشترى إنما يعقد الصفقة على هذا الأساس ، ولا يرتضى لها أساساً آخر . فإن اختل انتقضت الصفقة . وهو قد ائتمن البائع ووثق فى صدق قوله . لذلك يكون مجرد كذب البائع فى الإفضاء بهذا البيان الجوهرى خيانة وغشاً وتدليساً ، يزعزع التعامل فى أساسه . ولا يكتفى من البائع ببيان مجمل عن الثمن ، بل يجب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات ، وما اقترن به من أوصاف . فيبين إن كان الثمن معجلا أو نسيئة ، مؤجلا أو مقسطاً . ثم يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو بدين له على بائعه ، وإن كان بدين فهل دفعه عن طريق المماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح . ثم يذكر إن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها ، أو هى تعيبت ، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدراً . كل هذه أوصاف وملابسات تؤثر فى رضاء المشترى بالصفقة ، والكذب فيها أو الانتقاص منها يجعل البيع مشوباً بالغش والتدليس [1] .

والفقه الحنفى — وقد رأيناه يستعصى على التدليس فى صوره المتقدمة — لا يتأخر هنا عن المذاهب الأخرى فى الاعتراف ببياعات الأمانة ، وفى وفائها حقها من التفصيل والبيان .

جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ١٣ ص ٧٨) : « وإذا اشترى شيئاً بنسيئة ،

---

(١) وشبيه بذلك عقود التأمين فى الفقه الغربى ، فهذه هى أيضاً عقود أمانة ، لا يجوز فيها للمؤمن عليه أن يكذب أو أن يعطى شركة التأمين بياناً خاطئاً ، أو يكتم أمراً له تأثير فى التعاقد ، وإلا جاز للشركة إبطال العقد .

فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه بنسيئة . لأن بيع المرابحة بيع أمانة ، تنفى عنه كل تهمة وجناية ، ويتحرز فيه من كل كذب ، وفى معاريض الكلام شبهة ، فلا يجوز استعمالها فى بيع المرابحة . ثم الإنسان فى العادة يشترى الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشترى بالنقد ، فإذا أطلق الأخبار بالشراء فإنما يفهم السامع الشراء بالنقد، فكان من هذا الوجه كالمخبر بأكثر مما اشترى به ، وذلك جناية فى بيع المرابحة . يوضحه أن المؤجل نقص فى المالية من الحال ، ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالى عن المقابلة حكماً . فإذا باعه وكتم ذلك ، فالمشترى بالخيار إذا علم بالتدليس الموجود من البائع ، وهذا لأن المشترى إنما التزم ربحاً بناء على خبره أنه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن ، فلو علم أنه اشتراه بالنسيئة لم يرغب فى شرائه بالنقد بذلك القدر من الثمن ، فضلا عن أن يعطيه على ذلك ربحاً . فلحاجته إلى دفع الضرر أثبتنا له الخيار » .

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٢٣) : «أن بيع المرابحة والتولية بيع أمانة ، لأن المشترى ائتمن البائع فى إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف ، فتجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة ، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن . . . إذا حدث بالسلعة عيب فى يد البائع أو فى يد المشترى ، فأراد أن يبيعها مرابحة ينظر ، إن حدث بآفة سماوية له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا ، وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يبيعها مرابحة حتى يبين ، وإن حدث بفعله أو بفعل أجنبى لم يبعه مرابحة حتى يبين بالإجماع . . . ولو حدث من المبيع زيادة ، كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر ، لم يبعه مرابحة حتى يبين ، لأن الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وإن لم يكن لها حصة من الثمن للحال . فهذا حبس بعض المبيع وبيع الباقى ، فلا يجوز من غير بيان . . . ولو اشترى شيئاً نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبين ، لأن للأجل شبهة المبيع وإن لم يكن مبيعاً حقيقة لأنه مرغوب فيه ، ألاترى أن الثمن قد يزاد لمكان الأجل ، فكان له شبهة أن يقابله شىء من الثمن ، فيصير كأنه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل ، لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة فى هذا الباب ، فيجب التحرز عنها بالبيان . ولو اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه ، له أن يبيعه مرابحة من غير بيان . ولو أخذ

شيئاً صلحاً من دين له على إنسان : لا يبيعه مرابحة حتى يبين . ووجه الفرق أن مبنى الصلح على الحط والإغماض والتجوز بدون الحق ، فلا بد من البيان ليعلم المشترى أنه سامح أم لا فيقع التحرز عن التهمة . ومبنى الشراء على المضايقة والمماكسة ، فلا حاجة إلى البيان . وفرق آخر أن فى الشراء لا تتصور الخيانة لأن الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله ، وهو أن يجب على المشترى مثل ما فى ذمة المديون فيلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة ، والدليل على أنه كذلك أنه لو اشترى ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء ، ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء ، وإذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تتقدر الخيانة كما إذا اشترى منه ثوباً بعشرة دراهم ابتداء . بخلاف الصلح فإنه يقع بما فى الذمة على البدل المذكور ، ألا ترى أنهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على أنه لم يكن عليه دين يبطل الصلح ، فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز بدون الحق ، فوجب التحرز عن ذلك بالبيان . ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ورقمه اثنى عشر ، فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز إذا كان الرقم معلوماً والربح معلوماً ، ولا يكون خيانة لأنه صادق ، لكن لا يقول اشتريته بكذا لأنه يكون كاذباً فيه . وروى عن أبى يوسف أن المشترى إذا كان لا يعلم عادة التجار وعنده أن الرقم هو الثمن ، لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان . وكذلك لو ورث مالاً فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه ، يجوز لما قلنا » .

وجاء فى الهداية (فتح القدير جزء ٥ ص ٢٥٦) : « فإن اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة ، فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما . وقال محمد رحمه الله يخير فيهما . لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً ، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة ، فيتخير بفواته . ولأبى يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ، ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً ، فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط ، غير أنه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وفى المرابحة منه ومن الربح . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية ، لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير

التصرف فتعين الحط ، وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف ، فأمكن القول بالتخيير . فلو هلك قبل أن يرده ، أو حدث فيه ما يمنع الفسخ ، يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة ، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط ، بخلاف خيار العيب لأنه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه » .

ونرى من ذلك أن العبرة فى المرابحة والتولية عند أبى يوسف بالثمن الأول ، فهو الذى انبنى عليه العقد ، فإن اطلع المشترى على خيانة حطها من الثمن الذى اشترى به حتى يحتفظ للعقد بتوازنه المتفق عليه . والعبرة عند محمد بالثمن المسمى الذى اشترى به المبتاع . وقد قام العقد عليه ، وانعدام الخيانة وصف مرغوب فيه فإن ظهرت خيانة تخير المشترى . والعبرة عند أبى حنيفة بالثمن الأول فى التولية ، لأن التولية لا تكون تولية إذا اشترى المبتاع بثمن يزيد أو ينقص ، فإن ظهرت خيانة تعين حطها . أما فى المرابحة فالعبرة عند أبى حنيفة بالثمن المسمى الذى اشترى به المبتاع ، إذ الخيانة فى المرابحة لا تغير من وصفها بل تبقى مرابحة ولكن بربح أكبر ، فإن ظهرت خيانة كان هذا فواتاً لوصف مرغوب فيه فيتخير المشترى . ولما كانت المواضعة بيعاً بمثل الثمن الأول من نقصان شيء معلوم منه ، فيعتبر لها من الشرائط والأحكام ما يعتبر للمرابحة[1] .

والفقه المالكى يعرف بياعات الأمانة كالفقه الحنفى . فمن ذلك ما جاء فى المدونة (جزء ١٠ ص ٥٩ — ص ٦٢) : « قلت أرأيت لو ورثت متاعاً فرقمته فبعته مرابحة على رقمه ، أيجوز ذلك فى قول مالك ؟ قال لا ، لأن مالكاً قال لى فى الذى يشترى المتاع ثم يرقم عليه فيبيعه مرابحة على ما رقم أن ذلك لا يجوز ، فالذى ورث المتاع أشد من هذا عندى لأنه من وجه الخديعة والغش . . قلت أرأيت إن اشتريت جارية فذهب ضرسها فأردت أن أبيعها مرابحة ؟ قال لا حتى تبين ، قلت وكذلك

(١) انظر فى بياعات الأمانة فى الفقه الحنفى : المبسوط ١٣ ص ٧٨ — ٩١ — البدائع ٥ ص ٢٢٠ — ص ٢٢٨ — فتح القدير ص٥ ٢٥٢—ص ٢٦٣ — الجوهرة المنيرة ١ ص ٢٠٨ — ص ٢١٢— الزيلعى ٤ ص ٧٣ — ص ٨٩ — البحر الرائق ٦ ص ١٠٦ — ص ١١٥ — العينى ٢ ص ٢٩ — ص ٣٢ — مجمع الأنهر ٢ ص ٧٤ — ص ٧٩ — الفتاوى الهندية ٣ ص ١٦٠ — ص ١٦٥ — ابن عابدين ٤ ص ٢٣٥ — ص ٢٤٦ .

إن أصابها عيب بعد ما اشترى لم يبع حتى يبين ؟ قال : نعم . قال وقال مالك ولا يبيعها على غير مرابحة حتى يبين ما أصابها عنده . . . قلت أرأيت إن اشتريت جارية فظهرت على عيب بها بعدما اشتريتها فرضيتها ، أيصلح لى أن أبيعها مرابحة ولا أبين وأقول قامت على بكذا وبكذا فى قول مالك ؟ قال لا يصلح له أن يبيعها مرابحة حتى يبين أنه اشترها بكذا أو بكذا بغير عيب ثم اطلع على هذا العيب فرضى الجارية بذلك . لأنه لو شاء أن يردها ردها . . . قلت أرأيت من اشترى سلعة بدين إلى أجل أيجوز له أن يبيعها مرابحة نقداً ؟ قال قال مالك لا يصلح له أن يبيعها مرابحة إلا أن يبين . قال وقال مالك وإن باعها مرابحة ولم يبين رأيت البيع مردوداً ، وإن فاتت رأيت له قيمة سلعته يوم قبضها المبتاع نقداً . قال سحنون ولا يضرب له الربح على القيمة ، قلت فإن كانت القيمة أكثر مما باعها به ؟ قال فليس له إلا ذلك ويعجل له ولا يؤخر ، وإنما قال مالك له قيمة سلعته وهكذا يكون . قلت أرأيت إن قال المشترى أنا أقبل السلعة إلى ذلك الأجل ولا أردها ؟ قال لا خير فيه ولا أحب ذلك . قلت أرأيت إن اشتريت سلعة بعشرة دراهم نقداً ، ثم أخرنى البائع بالدراهم سنة ، فأردت أن أبيع مرابحة كيف أبيع فى قول مالك ؟ قال لا تبع حتى تبين ، لأن مالكاً قال لا تبع إذا نقدت غير ما وجبت به الصفقة حتى تبين ، فكذلك الأجل الذى أجلك بالدراهم لا تبع حتى تبين الأجل . قلت أرأيت إن اشتريت سلعة بعشرة دراهم ، فنقدت فيها عشرة ، فأصاب البائع فيها درهماً زائفاً فتجوزه عنى ، كيف أبيع مرابحة فى قول مالك ؟ قال بين ما نقدت فى ثمنها وما تجوز عنك ثم تبيع مرابحة . . . قلت أرأيت إن اشتريت جارية فزوجتها ، أأبيعها مرابحة ولا أبين؟ قال لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، ولا أرى أن تبيع حتى تبين ، لأن التزويج لها عيب ، ولا تبيعها أيضاً غير مرابحة حتى تبين أن لها زوجاً » . ونرى من هذا النص أن إخفاء العيب ، وهو عمل سلبى محض ، حتى لو كان فى غير بياعات الأمانة ، يعتبر تدليساً . فقد قال مالك : لا يبيعها على غير مرابحة حتى يبين ما أصابها عنده . وقال أبو القاسم : ولا تبيعها أيضاً غير مرابحة حتى تبين أن لها زوجاً .

وجاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) : « لا يجوز

الكذب فى التعريف بالثمن ، فإن كذب ثم اطلع المشترى على الزيادة فى الثمن ، فالمشترى مخير من أن يمسك بجميع الثمن أو يرده ، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء . وقال أبو حنيفة لا يلزمه » . فحكم المرابحة فى مذهب مالك تخيير المشترى ، إلا أن يشاء البائع أن يحط الزيادة وما أصابها من الربح فيلزم البيع . فيجمع المذهب بذلك بين التخيير ويكون للمشترى ، وحط الزيادة ويكون للبائع[1] .

وكذلك الفقه الشافعى يعرف بياعات الأمانة . جاء فى المهذب (جزء ١ ص ٢٨٨ — ص ٢٩٠) : «ومن اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه لقوله صلى الله عليه وسلم : إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم . ويجوز أن يبيعها مرابحة ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح . . . ويجوز أن يبيعها مواضعة . . . إذا أخبر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم فى كل عشرة ، ثم قال أخطأت أو قامت البينة إن الثمن كان تسعين ، فالبيع صحيح . . . لأن البيع عقد على ثمن معلوم وإنما سقط بعضه بالتدليس . . . وأما الثمن الذى يأخذه به ففيه قولان : أحدهما أنه مائة وعشرة لأن المسمى فى العقد مائة وعشرة . فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شىء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً .

والثانى أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية ، ويخالف العيب فإن هناك الثمن هو المسمى فى العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة . فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة ، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار » . ونرى من ذلك أن الصحيح فى مذهب الشافعى هو حط الزيادة وما أصابها من الربح كقول أبى يوسف . وفى

(١) انظر فى بياعات الأمانة فى الفقه المالكى : الحطاب ٤ ص ٤٨٨ — ص ٤٩٥ — الصاوى ٢ ص ٧٢ — ص ٧٦ — الدسوقى ٣ ص ١٦٠ — ص ١٧١ — الخرشى ٥ ص ١٧١ — ص ١٨٠ — الآنى ٢ ص ٥٥ — ص ٥٨ — البهجة فى شرح التحفة للتسولى ٢ ص ١٥٠ — ص ١٥٥ .

المذهب قول آخر هو تخيير المشترى ، ويتفق مع قول أبى حنيفة ومحمد[1] .

والفقه الحنبلى يعرف هو أيضاً بياعات الأمانة[2] . ويوجب الحط متفقاً فى ذلك مع قول أبى يوسف . جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ١٠٠ — ١٠٣) : « السادس خيار يثبت فى التولية والشركة والمرابحة والمواضعة . . . ومعنى التولية البيع برأس المال . . . والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن . . . والمرابحة أن يبيعه بربح فيقول رأس مالى فيه مائة ، بعتكه بها وربح عشرة . . . والمواضعة أن يقول بعتكه بها ووضيعة درهم من كل عشرة ، فيلزم المشترى تسعون درهماً . . . فإن باعه السلعة مرابحة، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة ويربح عشرة ، ثم علم ببينة أو إقرار أن ثمنها تسعون ، فالبيع صحيح ، لأنه زيادة فى الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب . وللمشترى الرجوع على البائع بما زاد فى الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم ، فيبقى على المشترى تسعة وتسعون درهماً . وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى وهو أحد قولى الشافعى . وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على العيب . ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح ، فإذا بان رأس ماله قدراً ، كان مبيعاً به وبالزيادة التى اتفقا عليها . والمعيب كذلك عندنا ، فإن له أخذ الأرش . ثم الفرق بينهما أن المعيب لم يرض فيه إلا بالثمن المذكور ، وههنا رضى فيه برأس المال والربح المقدر . وهل للمشترى الخيار : فالمنصوص عن أحمد أن المشترى مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه . نقل ذلك حنبل ، وهو قول للشافعى . لأن المشترى لا يأمن الخيانة فى هذا الثمن أيضاً . . . ظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له ، وحكى قولا للشافعى ، لأنه رضيه بمائة وعشرة فإذا حصل له بدون ذلك فقد زاده خيراً ، فلم يثبت له الخيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً ، أو وكل فى شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين . وأما البائع فلا خيار له ، لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك » . وجاء

(١) انظر فى بياعات الأمانة فى الفقه الشافعى : مغنى المحتاج للشربينى ٢ ص ٧٦ — ص ٨٠ نهاية المحتاج للرملى ٤ ص ١٠٤ — ص ١١٥ — الشرقاوى على التحرير ٢ ص ٣٨ — ص ٤٠ — قليوبى وعميرة على منهاج الطالبين ٢ ص ٢١٩ — ص ٢٢٤ .

(٢) انظر فى بياعات الأمانة فى الفقه الحنبلى . الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ١٠٠ — ص ١٠٨ — المغنى ٤ ص ٢٥٩ — ص ٢٩٤ الفروع ٢ ص ٥٢٢ — ص ٥٢٨ .

أيضاً فى ص ١٠٨ : « قال أحمد المساومة عندى أسهل من بيع المرابحة ، لأن بيع المرابحة يعتريه أمانة واسترسال من المشترى ، ويحتاج فيه إلى تعيين الحال على وجهه ، ولا يؤمن هوى النفس فى نوع تأويل وخطر ، فيكون على خطر وغرر ، فتجنب ذلك أسلم وأولى » .

بيع الاسترسال :

وإلى جانب بياعات الأمانة — وفى نفس المنطقة التى تسود فيها نزاهة التعامل — يعرف الفقه المالكى والفقه الحنبلى بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المستأمن . وفيه يكشف العاقد عن خبيئة نفسه ، ويبين أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، وأنه يستأمن المتعامل معه ويستنصحه ويسترسل إلى نصحه ، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشترى بما تبيع الناس أو تشترى به . فالأساس هنا ، ليس هو الثمن الأصلى كما فى بياعات الأمانة ، بل هو سعر السوق . فإذا لم يصدقه المتعامل معه ، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق ، بل كذب عليه فى ذلك وغبنه ، فإن هذا الكذب وحده يعتبر غشاً وتدليساً يوجب للعاقد المغبون خيار الرد .

ويسهب الفقه المالكى فى بيع المسترسل . من ذلك ما جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٤٧٠) : « وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل اشتر منى سلعتى كما تشترى من الناس فإنى لا أعلم القيمة ، فيشترى منه بما يعطيه من الثمن . وقال ابن حبيب إن الاسترسال إنما يكون فى البيع أن يقول الرجل للرجل بعنى كما تبيع الناس ، وأما فى الشراء فلا . ولا فرق بين البيع والشراء إذا كان الاسترسال والاستنامة . واجب بالإجماع ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : غبن المسترسل ظلم[1] » . وجاء فى الشرح الكبير للدردير (هامش الدسوقى جزء ٣ ص ١٤١ —

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الاسترسال يكون أيضاً بأن يقول العاقد لصاحبه لا خلابة ، أى لا غش بيننا فى التعامل . جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٤٧٣) فى هذا الصدد ما يأتى : « فى الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى يخدع فى البيوع (حبان) إن بايعت فقل لا خلابة ، فكان إذا بايع يقول لا خيابة بالياء موضع اللام . . قال الآبى وانظر لو قلت هذه الكلمة اليوم فى العقد ثم ظهر العيب . فقال أحمد بن حنبل يوجب القيام بالغبن . وقال الأكثرون لا يوجب قولها قياماً بالغبن . ثم اختلفوا . فقيل لأنها خاصة بالرجل . وقيل لأنه أمره أن يشترط ويصدر الشرط بهذه الكلمات حضاً على النصيحة ، فإنه رأى أنه قال له قل لا خلابة واشترط الخيار ثلاثة أيام. وقيل أمره بذلك ليعلم من يبيع=

ص ١٤٢) : « إلا أن يستسلم المغبون ويخبره (أى يخبر صاحبه) بجهله ، تفسير للاستسلام ، بأن يقول المشترى للبائع بعنى كما تبيع للناس فإنى لا أعلم القيمة ، أو يقول البائع للمشترى اشتر منى كما تشترى من غيرى ، أو غير ذلك ، أو يستأمنه بأن يقول أحدهما للآخر ما قيمته لأشترى بها أو لأبيع بها فيقول له قيمته كذا والحال أنه ليس كذلك . فهو تنويع ظاهرى ، والمؤدى واحد . فله الرد حينئذ قطعاً . أو لا يرد مطلقاً . تردد . المعتمد منه الأول » . ويقول الدسوقى تعقيباً على ما تقدم : « قوله والمؤدى واحد : أى وهو أن موجب الرد جهل البائع أو المشترى وكذب الآخر عليه . فمتى كان هناك جهل من أحدهما وكذب عليه الآخر فالرد ، وإن لم يكن جهل فلا رد . قوله فله الرد حينئذ : أى حين أخبره بجهله أو استأمنه فكذب عليه ، ولو كان الغبن بأقل من الثلث . وأما لو وقع البيع على وجه المكايسة ، فلا رد بالغبن. لكن ما ذكره من القطع ، أى الاتفاق على الرد إذا كان هناك استسلام بأن أخبره بجهله أو استأمنه ، مخالف لما ذكره بعد ذلك من قوله أو لا ترد مطلقاً . وأجيب بأن المراد اتفاقاً بحسب ما ظهر لذلك القائل ، كذا ذكر شيخنا . قوله أو لا يرد مطلقاً ، أى سواء وقع البيع على وجه الاستسلام أو المكايسة . قوله تردد ، أى طريقتان . . . قوله المعتمد منه الأول ، أى وهو ما ذكره المصنف من أن محل عدم الرد بالغبن إذا وقع البيع على وجه المكايسة ، وأما إن وقع على وجه الاستسلام بأن أخبره بجهله أو استأمنه فإنه يرد للرجوع للغش والخديعة ، حتى إن بعضهم أنكر القول الثانى القائل بعدم الرد مطلقاً » . ويذكر الدردير حكم بيع الاسترسال ببيان أوضح فى الشرح الصغير (هامش الصاوى جزء ٢ ص ٦٣) : « إلا أن يستسلم أحد المتبايعين لصاحبه ، بأن يخبره بجهله ، كأن يقول المشترى أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبعنى كما تبيع الناس ، فقال البائع هى فى العرف بعشرة فإذا هى بأقل ، أو يقول البائع أنا لا أعلم قيمتها فاشتر منى كما تشترى من الناس ، فقال هى فى عرفهم بعشرة فإذا هى بأكثر . فللمغبون الرد على المعتمد ، بل باتفاق وذكر الشيخ

= منه أنه لا بصيرة له فينظر له كما ينظر لنفسه . . . وقوله فى الحديث فكان إذا بايع قال لا خيابة بالياء التحتية لأنه كان ألثغ يخرج اللام مخرج الياء . . . وهذا الرجل اسمه حبان . . . كان قد بلغ مائة وثلاثين سنة ، شج فى بعض المغازى معه صلى الله عليه وسلم فأصابته مأمومة تغير منها لسانه والله أعلم » .

فيه التردد معترض بأنه لم يخالف فيه أحد . وإنما الخلاف فى الغبن من غير استسلام إذا كان المغبون جاهلا ، فإن كان عارفاً فلا قيام له اتفاقاً . فإن استسلم الجاهل فالرد متفق عليه ، بل حكى ابن رشد عليه الإجماع ؛ فحكاية الشيخ فيه التردد من السهو البين » . ونرى من ذلك أن الدردير يلخص المذهب تلخيصاً واضحاً فيقول : إذا كان المغبون عارفاً فلا رد اتفاقاً ، وإن كان جاهلا غير مستسلم فالرد فيه خلاف ، وإن كان جاهلا مستسلماً فالرد متفق عليه [١].

ومما ورد فى بيع الاسترسال فى مذهب أحمد ما جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٧٩) : « الثالثة (أى الصورة الثالثة من خيار الغبن) المسترسل إذا غبن الغبن المذكور . يعنى إذا غبن غبناً يخرج عن العادة ، كما ذكرنا فى تلقى الركبان والنجش ، يثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء . وبه قال مالك . قال ابن أبى موسى وقيل قد لزمه البيع ولا فسخ له ، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد ، كغير المسترسل وكالغبن اليسير . ولنا أنه غبنٌ حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار ، كالغبن فى تلقى الركبان . فأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب ، وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لأنه انبنى على تفريطه وتقصيره . والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة . قال أحمد : المسترسل الذى لا يحسن أن يماكس ، وفى لفظ الذى لا يماكس ، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه . ولا حد للغبن فى المنصوص عن أحمد . وحده أبو بكر فى التنبيه وابن أبى موسى فى الإرشاد بالثلث ، وهو قول مالك ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « والثلث كثير » . وقيل السدس . والأولى تحديده بما لا يتغابن الناس به فى العادة ، لأن ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف » . وجاء فى الفروع (جزء ٢ ص ٥٠٩) : « ويثبت (الخيار) على الأصح لمسترسل جاهل بالقيمة إذا غبن ، وفى المذهب أو جهلها لعجلته ، وعنه ولمسترسل إلى البائع لم يماكسه ، اختاره شيخنا وذكره المذهب . وفى الانتصار له

---

(١) انظر أيضاً فى بيع الاسترسال فى المذهب المالكى : الخرشى ٥ ص ١٥٢ — ص ١٥٣ الآبى ٢ ص ٤٩ — ص ٥٠ — التسولى والتاودى على التحفة ٢ ص ١٠٦ — ص ١٠٨ — القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٦٤ .

الفسخ ما لم يعلمه أنه غال وأنه مغبون فيه . قال أحمد . اشتر وماكس. . . ونص أحمد الغبن عادة . وقيل الثلث . وقيل السدس » . ويتبين مما تقدم أن مذهب أحمد يشترط فى الرد فى بيع الاسترسال أن يكون هناك غبن فاحش ، أما مذهب مالك فيكتفى بالغبن اليسير .

التغرير القولى : ويضع الفقهاء إلى جانب التغرير الفعلى التغرير القولى . فالتغرير الفعلى يكون بفعل ، وهو ما قدمناه فى الطرق الاحتيالية . والتغرير القولى يكون بالقول ، أى بمجرد الكذب . فيكون الكذب تدليساً لا فى بياعات الأمانة وبيع المسترسل فحسب — وهذه هى منطقة الأمانة فى التعامل كما قدمنا — بل أيضاً فى غير هذه المنطقة ، أى فى التعامل بالمماكسة والمساومة . فمتى كان الكذب من شأنه التغرير بالمتعاقد وإلحاق الغبن به ، كان هذا تدليساً يوجب الخيار . غير أن الغبن فى التغرير القولى يجب أن يكون فاحشاً ، بخلاف التغرير الفعلى فقد رأينا أنه يكفى فيه الغبن اليسير .

على أن الرد بالتغرير القولى ، فى غير منطقة الأمانة ، على النحو الذى قدمناه ، محل للخلاف . ويبين ذلك من النصوص الآتية :

جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٤٣٨) : « وقال فى المسائل الملقوطة : الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف ، وبالفعل يضمن بلا خلاف . فالأول كمسألة الصيرفى ينقد الدراهم ثم يظهر فيها زائف ، ومسألة الخياط يقيس الثوب ويقول يكفى فيفصله فينقص ، والدليل يخطئ الطريق ، والغار فى الأمة يقول إنها حرة ، ومن أعار شخصاً إناء مخروقاً وهو يعلم به وقال إنه صحيح ، ومن قال لرجل فى رمضان كل فإن الفجر لم يطلع وقد علم طلوعه . ومنها أيضاً قال فى مسائل أجوبة القرويين فى القائل لرجل بع سلعتك من فلان لأنه ثقة ومليء ، فوجده بخلاف ذلك ، فقال لا يغرم شيئاً إلا أن يغره وهو يعلم بحاله » .

وجاء فى الدر المختار (انظر عابدين جزء ٤ ص ٢٤٧ — ص ٢٥٠) : « والغرور لا يوجب الرجوع إلا فى ثلاث . . . منها هذه وضابطها أن يكون فى عقد يرجع نفعه إلى الدافع ، كوديعة وإجارة ، فلو هلكا ثم استحقا ، رجع على الدافع بما ضمنه . ولا رجوع فى عارية وهبة ، لكون القبض لنفسه . الثانية أن يكون فى ضمن عقد

معاوضة ، كبايعوا عبدى أو ابنى فقد أذنت له ، ثم ظهر حرًّا أو ابن الغير ، رجعوا عليه للغرور إن كان الأب حرًّا ، وإلا فبعد العتق ، وهذا إن أضافه إليه وأمر بمبايعته . ومنه لو بنى المشترى أو استولد ، ثم استحقا ، رجع على البائع بقيمة البناء والولد . ومنه ما يأتى فى باب الاستحقاق : اشترنى فأنا عبد ، بخلاف ارتهنى . الثالثة إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ، ثم استحقت ، رجع على المخبر بقيمة الولد المستحق . . . هل ينتقل الرد بالتغرير إلى الوارث ؟ استظهر المصنف لا ، لتصريحهم بأن الحقوق المجردة لا تورث . . . لكن ذكر المصنف فى شرح منظومته الفقهية ما يخالفه ، ومال إلى أنه يورث كخيار العيب» . ويقول ابن عابدين معقباً على ما تقدم : «الغرور لا يوجب الرجوع . فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه ، فأخذه اللصوص ، أو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله ومات ، لم يضمن . وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهر أنها مملوكة ، فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر إلا فى ثلاث مسائل . الأولى إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ، ثم استحقت ، فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد . الثانية أن يكون فى ضمن عقد معاوضة ، فيرجع المشترى على البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد ، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشترى ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء . وإذا قال الأب لأهل السوق بايعوا ابنى فقد أذنت له فى التجارة ، فظهر أنه ابن غيره ، رجعوا عليه للغرور . وكذا لو قال بايعوا عبدى فقد أذنت له ، فبايعوه ولحقه دين ، ثم ظهر أنه عبد لغيره ، رجعوا عليه ، إن كان الأب حرًّا وإلا فبعد العتق[1] . وكذا لو ظهر حرًّا أو مدبراً أو مكاتباً . ولا بد فى الرجوع من إضافته إليه والأمر بمبايعته ، كذا فى السراج الوهاج . الثالثة أن يكون فى عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة ، فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه ، وكذا من كان بمعناهما . وفى عارية وهبة لا رجوع ، إذ القبض كان لنفسه . . . قوله إلا فى ثلاث : زاد فى نور العين مسألة رابعة ، وهى ما إذا ضمن الغار صفة السلامة ، كما إذا قال اسلك هذا

---

(١) انظر أيضاً البدائع ٧ ص ٢٠١ – البحر الرائق ٦ ص ١٤٤ .

الطريق فإنه آمن وإن أخذ مالك فأنا ضامن ، فإنه يضمن . . . قوله أن يكون فى ضمن عقد معاوضة : من بيع صحيح أو فاسد ، وأخرج به عقود التبرعات كالهبة والصدقة ، فإن الغرور لا يثبت الرجوع فيها . . . وكذا أخرج الرهن لأنه عقد وثيقة لا معاوضة . . . وفى البيرى عن المبسوط أن الغرور فى عقد المعاوضات يثبت الرجوع ، لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب ، ولا عيب فوق الاستحقاق ، فأما بعقد التبرع فلأن الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة. قوله كبايعوا عبدى إلخ : أى فيكون ضامناً للدرك فيما يثبت لهم على العبد فى عقد المبايعة لحصول التغرير فى هذا العقد كما يأتى تقريره ، وبه اندفع ما قيل إن التغرير لم يوجد فى ضمن عقد المعاوضة . . . قوله وهذا : أى الرجوع شرطه شيئان ، أن يضيف العبد أو الابن إلى نفسه ، وأمرهم بمبايعته : فيضمن الأقل من قيمته ومن الدين . . . قوله اشترنى فأنا عبد ارتهنى : صوابه بخلاف ارتهنى . أى لو قال العبد اشترنى فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر ، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة أى يدرى مكانه لا يرجع على العبد بما قبضه البائع للتمكن من الرجوع على القابض ، وإن كان لا يدرى أين هو رجع المشترى على العبد ورجع العبد على بائعه بما رجع به عليه ، وإنما يرجع مع أن البائع لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر فى أدائه ، بخلاف من أدى عن آخر ديناً بلا أمره . والتقييد بقوله اشترنى فأنا عبد ، لأنه لو قال أنا عبد ولم يأمره بالشراء ، أو قال اشترنى ولم يقل فأنا عبد ، لا يرجع عليه بشىء . ولو قال ارتهنى فأنا عبد الراهن ، لم يرجع على العبد ولو الراهن غائباً فى ظاهر الرواية عنهم. وعن أبى يوسف لا يرجع فى البيع والرهن ، لأن الرجوع بالمعاوضة وهى المبايعة هنا أو بالكفالة ، ولم يوجدا هنا بل وجد مجرد الإخبار كاذباً ، فصار كما لو قال أجنبى لشخص ذلك . ولهما أن المشترى شرع فى الشراء معتمداً على أمره وإقراره ، فكان مغروراً من جهته ؛ والتغرير فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض يحصل سبباً للضمان دفعاً للغرر بقدر الإمكان ، فكان بتغريره ضامناً لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ، كالمولى إذا قال لأهل السوق بايعوا عبدى فإنى أذنت له ، ثم ظهر استحقاق العبد ، فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ، ويجعل المولى بذلك ضامناً لدرك ما ذاب عليه دفعاً للغرور عن الناس . بخلاف الرهن فإنه ليس عقد

معاوضة ، بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه ، حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه ، ولو كان عقد معاوضة كان استبدالا به قبل قبضه وهو حرام[1] . وبخلاف الأجنبي فإنه لا يعبأ بقوله ، فالرجل هو الذى اغتر ا هـ ملخصاً من الفتح فى أول باب الاستحقاق . قوله كما لو زوجه امرأة على أنها حرة : أى بأن كان ولياً أو وكيلا عنها ، وهذا بخلاف ما إذا أخبره بأنها حرة فتزوجها ، كما مر فى عبارة الأشباه[2] » . هذا والذى يتضح مما قدمناه عن ابن عابدين أن المقصود ، فى أكثر الصور التى أوردها ، هو المسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية القائمة على أساس التغرير القولى ، أى على مجرد الكذب .

وفى مذهب أحمد نص صريح على أن مجرد الكذب فى التعاقد قد يعد تدليساً يوجب الخيار للعاقد المدلس عليه . فإذا كذب البائع المشترى ، وقال له إنه أعطى فى سلعته مقدار معين ، فاغتر المشترى بقوله واشترى السلعة متأثراً بهذا الكذب ، ثبت له خيار التدليس . جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٧٩) : « ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط ، فصدقه المشترى ، ثم كان كاذباً ، فالبيع صحيح ، وللمشترى الخيار أيضاً لأنه فى معنى النجش » .

وفى تلقى السلع أو الركبان أو الجلب — وقد مر بيانه — يغرر الملتقى بصاحب السلعة تغريراً قولياً ، ويستغل جهله بأسعار البلد ، فيتلقاه قبل أن يقدم السوق ، ويخبره بكساد سلعته ليغبنه فى ثمنها ، فهذا الكذب يعد تدليساً يوجب الخيار لصاحب السلعة عند الشافعى وأحمد . جاء فى المهذب (جزء ١ ص ٢٩٢) : « ويحرم تلقى الركبان ، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق ، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل . فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه فى النجش . فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الجلب فمن

---

(١) البحر الرائق ٦ ص ١٤٥ — ويعترض الأستاذ بدرو ديب على التفريق ما بين البيع والرهن فى هذه المسألة (انظر كتابه فى نظرية الباعث فى الفقه الحنفى ص ١٥٠ — ص ١٥٥)

(٢) انظر أيضا فى مسألة الغرور مجمع الضمانات ص ٤٥٤ .

تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق ، ولأنه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب . وإن بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان : أحدهما أن لهم الخيار للخبر ، والثانى لا خيار لهم لأنه ما غر ولا دلس . وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقى ، فرأى القافلة ، فهل يجوز أن يبتاع منهم ؟ فيه وجهان أحدهما يجوز لأنه لم يقصد التلقى ، والثانى لا يجوز لأن المنع من التلقى للبيع وهذا المعنى موجود وإن لم يقصد التلقى فلم يجز » .

التغرير عن طريق محض الكتمان :

وقد يكون محض الكتمان — وهو عمل سلبى محض — تدليساً فى الفقه الإسلامى . رأينا ذلك فى بياعات الأمانة . فالبائع مرابحة لا يجوز له أن يكتم بياناً من شأنه أن يؤثر فى قيمة المبيع بعد أن اشتراه . فإذا حدث فى السلعة عيب ، أو اشترى نسيئة ويبيع نقداً ، أو أخذ شيئاً صلحاً عن دين له على آخر ويبيعه مرابحة ، أو رقم الثوب رقماً هو أكبر من الثمن ، أو كان قد نقد فى ثمنها درهماً زائفاً تجوزه عنه من باع منه ، أو كان قد زوج الجارية التى يبيعها مرابحة ، فقد قدمنا أن عليه أن يبين كل ذلك للمشترى منه مرابحة وأن كتمان شىء من ذلك يعد تدليساً يثبت للمشترى الخيار . فبياعات الأمانة إذن تقتضى أمرين : عدم الكذب فى بيان الثمن الأصلى ، وعدم الكتمان فيما يلابس الثمن أو السلعة . وكل من الكذب والكتمان يعد فى هذه البياعات خيانة وتدليساً .

وفى غير بياعات الأمانة — أى فى بيع المماكسة والمساومة — قد يكون الكتمان أيضاً تدليساً . وأظهر ما يكون ذلك إذا عمد البائع إلى إخفاء العيب فى المبيع بأن كتمه عن المشترى ولم يبينه . فالحنفية يعدون هذا الكتمان حراماً ، والمالكية يصرحون بأنه تدليس ، والشافعية والحنابلة يعتبرونه غشاً كالتصرية .

ففى المذهب الحنفى ، جاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٣١) : « ولكون السلامة كالمشروطة فى العقد ، لا يحل له أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه ، لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له ، رواه ابن ماجه وأحمد بمعناه . ومر عليه السلام برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه ، فإذا هو مبلول ، فقال :

«من غشنا فليس لنا» ، رواه مسلم وغيره . وكتب عليه السلام كتاباً بعد ما باع فقال فيه : «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة ، بيع المسلم للمسلم ، رواه ابن ماجة والترمذى ». ويقول الشلبى فى حاشيته تعقيباً على ما تقدم : « بيع المسلم للمسلم . . . وليس فى ذلك ما يدل على أن المسلم إذا باع غير المسلم جاز له أن يعامله بما يتضمن خيانة أو غبناً ، وإنما قال ذلك على سبيل المبالغة» . وجاء فى البحر الرائق (جزء ٦ ص ٣٥) : « كتمان عيب السلعة حرام ، وفى البزازية وفى الفتاوى إذا باع سلعة معيبة عليه البيان . وإن لم يبين قال بعض مشايخنا يفسق وترد شهادته وقيده فى الخلاصة بأن يعلم به » . ويقول ابن عابدين فى حاشيته على البحر الرائق تعقيباً على ما تقدم : « لا يجوز بيع ما باشر نحو عجنه إلا أن يبين للمشترى حقيقة الحال ، لأن المشترى لو اطلع على ذلك لم يشتره منه فى الغالب ، وكل ما كان كذلك يكون كتمه من الغش المحرم ، وقد قال صلى الله تعالى عليه وسلم من غش أمتى فليس منى . . . وقواعدنا لا تأباه . وضابط الغش المحرم أن يشتمل المبيع على وصف نقص لو علم به المشترى امتنع عن شرائه ، فكل ما كان كذلك يكون غشاً ، وكل ما لا يكون كذلك لا يكون غشاً محرماً ، ذكره فى الفتاوى المذكورة ، ولا مانع منه عندنا » .

وفى المذهب المالكى ، جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) : « لا يجوز الغش فى المرابحة ولا غيرها ، ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشترى أو ما يقلل رغبته فيها » . وجاء فى الشرح الصغير للدردير (هامش الصاوى جزء ٢ ص ٥٣ — ص ٥٤) : « وعلى البائع لشيء وجوباً بيان ما علمه من عيب سلعته ، قل أو كثر . . وعليه تفصيله (أى العيب) أو إراءته له (أى للمشترى) إن كان يرى كالعور والكى. ولا يجمله ، أى لا يجوز له إجمال العيب أى يجمل فى الجنس الصادق على أفراده ولم يعين الغرر القائم به ، كهو معيب ولم يعين العيب ، أو هو سارق أو يأبق ولم يبين المكان الذى يأبق إليه ولا ما الذى يسرقه ، أو يقول هو ثوب مريض ولم يعين ما هو المرض ، ونحو ذلك . ومن الإجمال أن يذكر العيب الذى هو به وغيره مما ليس فيه ، بأن يقول هو زان سارق مع أنه فيه

أحد العيبين فقط ، لأن المشترى ربما علم سلامته مما ليس فيه فيظن سلامته من الآخر . وإلا ، بأن أجمل ، فمدلس ، ويرد المبيع بما وجده فيه » . ويسمى إخفاء العيب التدليس بالعيب . وإذا كتم البائع عيباً فى المبيع ، فيثبت للمشترى خيار التدليس مع وجود خيار العيب ، فقد تكون هناك فائدة من قيام خيار التدليس فيما إذا سقط خيار العيب أو كان العيب مما لا يرد المبيع به .

وفى المذهب الشافعى ، جاء فى المهذب (جزء أول ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) : « ومن ملك عيناً ، وعلم بها عيباً ، لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، لما روى عقبة ابن عامر رضى الله عنه قال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بينه له . فإن علم غير المالك بالعيب ، لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه ، لما روى أبو سباع قال : اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع ، فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر ، فقال هل بيّن لك ما فيها ، قلت وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة ، فقال أردت بها سفراً أم أردت بها لحماً ، قلت أردت عليها الحج ، قال إن بخفها نقباً . قال صاحبها أصلحك الله ما تريد إلى هذا أن تفسد على ، قال إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلا بيّن ما فيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه . فإن باع ولم يبين العيب صح البيع ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صحح البيع فى المصراة مع التدليس بالتصرية » . ويستخلص من ذلك أن البيع يصح ، ولكن يثبت فيه خيار التدليس ، كما ثبت فى التدليس بالتصرية .

وفى مذهب أحمد ، جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٨٤ — ص ٨٥) : « ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها ، لقوله عليه السلام : من غشنا فليس منا . قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح . وقال عليه الصلاة والسلام : المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه . رواه ابن ماجة . فإن فعل فالبيع صحيح فى قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى ، بدليل حديث التصرية فإن النبى صلى الله عليه وسلم صححه مع نهيه عنه . وقال أبو بكر إن دلس العيب فالبيع باطل ، لأنه منهى عنه والنهى يقتضى الفساد . فقيل له ما تقول فى التصرية ؟ فلم يذكر جواباً ، فدل على رجوعه » . ويؤخذ من

ذلك أن الصحيح هو قياس التدليس بكتمان العيب على التدليس بالتصرية ، فيكون البيع صحيحاً ، ولكن يثبت فيه للمشترى الخيار[1] .

التدليس الصادر من الغير :

والفقه الإسلامى ، كالفقه الغربى ، يعتد بالتدليس حتى لو صدر من الغير ، ما دام هذا الغير متواطئاً مع العاقد الذى يفيد من التدليس .

وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة للتدليس الصادر من الغير .

من ذلك الناجش . فهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها فى المزايدة ليغالى فى السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها . فالمشترى الذى اشترى السلعة بأكثر من قيمتها يكون بذلك قد دلس عليه ، والمدلس ليس هو البائع ، بل هو أجنبى متواطئ مع البائع ، وهو الناجش . وفى مذهب أحمد لا يشترط تواطؤ البائع مع الناجش ، ولكن التواطؤ مشترط فى مذهب مالك والشافعى . جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ٧٩) : « لكن إن كان فى البيع (مع النجش) غبن لم تجر العادة بمثله ، فللمشترى الخيار بين الفسخ والإمضاء كما فى تلقى الركبان . فإن كان يتغابن بمثله ، فلا خيار له . وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار . واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه . فقال بعضهم لا خيار للمشترى لأن التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته . ولنا أنه تغرير بالعاقد ، فإذا غبن ثبت له الخيار ، كما فى تلقى الركبان » .

ومن ذلك أيضاً الغرور . وقد قدمنا أن الرجل إذا قال للناس هذا عبدى أو ابنى فبايعوه فقد أذنت له ، ثم ظهر حرًّا أو ابن الغير ، رجعوا على الغار . فالتدليس هنا صدر من أجنبى عن العقد . كذلك إذا باع رجل من رجل عبداً ، وقال العبد

---

(١) وجاء فى القواعد لابن رجب (القاعدة الثالثة والثلاثون ص ٤١ — ص ٤٢) : « بيع الدار المؤجرة تصح ، وسواء علم المشترى بالإجارة أو لم يعلم ، نص عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد. وقال فى رواية الميمونى ليس له أن يبيعها حتى يبين : فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع فى العقد ، وقيل لأن البيع المطلق يتناول المنافع وهى الآن ملك غيره فيشبه تفريق الصفقة . ولكن أحمد إنما أوجب بيان ذلك لأن تركه تدليس وتغرير » . فهنا يعتبر كتمان حق يثقل العين المبيعة ، ككتمان العيب ، تدليسا وتغريراً .

للمشترى اشترنى فأنا عبد ، ثم ظهر حرًّا ، جاز للمشترى الرجوع على البائع ، فإن كان غائباً غيبة غير معروفة ، رجع المشترى على الغار وهو العبد الذى ظهر حرًّا ، ويرجع الغار بعد ذلك على البائع . فهنا أيضاً تدليس صدر من أجنبي عن العقد . وكذا لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت ، رجع الزوج على الغار — ويكون عادة وكيل الزوجة أو وليها — بقيمة الولد المستحق . فهنا أيضاً صدر التدليس من الغير .

وهناك مثل للتدليس الصادر من الغير هو التدليس الصادر من الدلال . والدلال ليس غريباً عن العقد ، فهو أمين البائع . وما يصدر منه من تدليس يثبت الخيار للمشترى ، كالتدليس الصادر من البائع نفسه . وهناك محل لافتراض أن البائع متواطئ مع الدلال فى التدليس ، أو أنه عالم بهذا التدليس أو يستطيع أن يعلم به . والدلال على كل حال إنما يدلس سعياً وراء مصلحة البائع ، فيجب أن يحمل البائع تبعة هذا التدليس ، ومن ثم يثبت خيار التدليس للمشترى . وقد جاء فى صدر المادة ٥٤٥ من مرشد الحيران : « لا رد بغبن فاحش فى البيع ، إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال » .

وجاء فى رد المحتار (ابن عابدين جزء ٤ ص ٢٤٦) : «إن غره ، أى غر المشترى البائع أو بالعكس ، أو غره الدلال ، فله الرد » . ويقول ابن عابدين معقباً على ما تقدم : « قوله أو غره الدلال : قال الرملى مفهومه أنه لو غره رجل أجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد . وبقى ما لو غر المشترى البائع فى العقار ، فأخذه الشفيع ، هل للبائع أن يسترد منه ؟ ينبغى عدمه لأنه لم يغره وإنما غره المشترى» . ويؤخذ على هذا القول أن للبائع الفسخ والاسترداد من المشترى ، فيزول البيع الذى أخذ فيه بالشفعة .

ونقل ابن عابدين (جزء ٤ ص ٢٤٧) عن البحر الرائق (جزء ٦ ص ١١٥ — ص ١١٦) مثلا لتدليس الدلال على الوجه الآتى : «قال لغزال لا معرفة لى بالغزل ، فأتنى بغزل أشتريه . فأتى رجل بغزل لهذا الغزال ، ولم يعلم به المشترى . فجعل نفسه دلالا بينهما ، اشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل . وصرف المشترى بعضه إلى حاجته . ثم علم بالغبن وبما صنع . فله أن يرد الباقى بحصته من الثمن . قال رضى

الله عنه : والصواب أن يرد الباقى ومثل ما صرف فى حاجته ويسترد جميع الثمن ، كمن اشترى بيتاً مملوءاً من بر ، فإذا فيه دكان عظيم ، فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل إنفاق شيء منه ، وبعده يرد الباقى ومثل ما أنفق ويسترد الثمن ، كذا ذكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى » . وتوضيحاً لهذا المثل جاء فى الهامش ما يأتى : « قوله فأتى رجل بغزل لهذا الغزال ، أى بغزل مملوك لهذا الغزال . وحاصله أن الغزال دفع غزله لرجل ، ثم جعل نفسه دلالا بين الطالب والرجل ، واشترى للطالب الغزل من الرجل بزيادة . ثم تصرف المشترى ، أى من له الشراء حقيقة ، فى بعض الغزل ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وأنه فعل ذلك تغريراً للطالب اه » . وفى هذا المثل نرى أن البيع انعقد بين الطالب ومن تقدم بالغزل ، وجعل صاحب الغزل نفسه دلالا بينهما ، ودلس على المشترى حتى حمله أن يشترى الغزل بأكثر من القيمة . فالدلال هنا أكثر من مجرد وسيط ، فهو صاحب الغزل نفسه ، واستطاع على هذا الوجه أن يدلس على المشترى ، ومن ثم كان للمشترى أن يرد ما بقى عنده من الغزل ومثل ما صرف فى حاجته ويسترد جميع الثمن ، فقد ثبت له خيار التدليس وبه يفسخ البيع[1] .

---

(١) وننقل هنا نصوص التقنين المدنى العراقى فى التدليس كما نقلناها فى الغلط ، ولنفس السبب : م١٢١–١ . إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر ، وتحقق أن فى العقد غبناً فاحشاً ، كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه . ٢ . ويعتبر تغريراً عدم البيان فى عقود الأمانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان ، كالخيانة فى المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة – م ١٢٢ – إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد ، إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد – م ١٢٣ – يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير ، أو أصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به ، أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهرى ، ويكون العقد نافذاً فى جميع هذه الأحوال .

المبحث الثالث
الإكراه

المطلب الأول
الإكراه فى الفقه الغربى

تمهيد :

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . ولا يعدم الإكراه الإرادة ، ولكن يفسدها . ذلك أن الذى وقع عليه الإكراه قد اختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التى صدرت منه هى إرادة فاسدة لأنها لم تكن حرة مختارة ، وإنما يعدم الإكراه الإرادة إذا انتزعت عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكرِه بيد المكرَه وأجرى القلم فى يده بالتوقيع على التزام . وفى الحالة الأولى — حالة فساد الإرادة — يكون العقد قابلا للإبطال ، أما فى الحالة الثانية — حالة انعدام الإرادة — فإن العقد يكون باطلا ،

وللإكراه — كما للتدليس — ناحيتان . ناحية ينظر فيها إلى الإكراه كعيب من عيوب الإرادة فيؤثر فى صحة العقد . وناحية أخرى ينظر فيها الإكراه كعمل غير مشروع صدر من المكرِه يستوجب مسئوليته ، فيكون ملتزماً بالتعويض لمن وقع عليه الإكراه .

نصوص التقنينات المدنية العربية :

ونصوص التقنينات المدنية العربية فى الإكراه متماثلة ، إلا أن التقنين المدنى العراقى قد وفق فى نصوصه بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه الغربى ، وسنورد هذه النصوص بعد إيراد أحكام الفقه الإسلامى فى الإكراه .

وقد نص التقنين المدنى المصرى فى المادة ١٢٧ منه على ما يأتى :

١ — « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها

المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس » .

٢ – « وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .

٣ – « ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه » .

ونص فى المادة ١٢٨ منه على ما يأتى :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه » .

وتطابق نصوص التقنين المدنى السورى فى الإكراه نصوص التقنين المدنى المصرى : انظر المادتين ١٢٨ و ١٢٩ من التقنين المدنى السورى . وكذلك نصوص التقنين المدنى الليبى : انظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من هذا التقنين .

وتنص المادة ٢١٠ من تقنين الالتزامات اللبنانى على ما يأتى : « باطل كل عقد ينشأ تحت ضغط الخوف الناجم عن عنف جثمانى أو عن تهديد موجه على شخص المديون أو على أمواله أو على زوجه أو على أحد أصوله أو فروعه . ولا حاجة للتمييز بين أن يكون هذا الضغط صادراً عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث أو عن أحوال خارجة عن دائرة التعاقد . على أنه يجوز فى الحالتين الأخيرتين أن يلزم المكره الراغب فى التملص من العقد بأداء التعويض إلى الفريق الآخر إذا كان هذا الفريق حسن النية . ويكون هذا التعويض على نسبة ما يقتضيه الإنصاف » . وتنص المادة ٢١١ على « أن الخوف لا يفسد الرضا إلا إذا كان هو الحامل عليه . وللوقوف على ماهيته وتأثيره يجدر الاعتداد بشخصية المكره (كالنظر إلى سنه أو إلى كونه امرأة أو رجلا وإلى درجة تعليمه ومنزلته الاجتماعية) » وتنص المادة ٢١٢ على « أن الخوف الناشئ عن احترام الأب أو الآم آو غيرهما من الأصول لا يكفى لإفساد العقد . وكذلك استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعاً أى أن يكون الغرض منه مجرد الحصول على ما يجب »

عناصر الإكراه :

ويتبين من هذه النصوص أن للإكراه — كما للتدليس — عنصرين : (أولا) استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق ، وهذا هو العنصر الموضوعى . (ثانياً) رهبة فى النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسى . ومتى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه وفسدت الإرادة ، سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو من الغير أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونستعرض كلا من هذين العنصرين ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التى صدر منها الإكراه .

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق :

لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس ، فتهدد من وقع عليه الإكراه ، هو أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال .

وقد يقع الإكراه على الجسم ، كالضرب والإيذاء ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسى . وهو نادر الوقوع فى الأوساط المتحضرة . وأغلب ما يقع الإكراه على النفس ، فيكون تهديداً بإيقاع الأذى دون إيقاعه بالفعل ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسى .

والإكراه النفسى هو الذى يوقع فى نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيماً يحدق بنفسه أو بماله .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً : والعبرة فى جسامة الخطر بحالة المكره لا بوسائل الإكراه ذاتها ، فقد تقع الرهبة فى نفس المتعاقد بوسائل ساذجة لا تجوز على كثير من الناس . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق « التعزيم » ، أو هدده بأن له قدرة على « الربط والحل » ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً فى الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً : فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه بحيث يتمكن المتعاقد من اتخاذ الحيطة ، فإن هذا التهديد لا يكون من شأنه إفساد الإرادة . على أن العبرة هنا أيضاً بحالة المكره النفسية ، فقد تقع فى نفسه الرهبة التى تفسد إرادته ولو كان التهديد بخطر متراخ ، فالخطر يكون محدقاً إذا كانت الرهبة حالة فى النفس ولو تراخى الخطر .

والخطر إما أن يتهدد المتعاقد فى نفسه أو جسمه ، كخطر يتهدد حياته أو سلامة أعضائه أو ألم نفسى ينزل به . وإما أن يتهدد شرفه واعتباره بين الناس ، كما إذا كان تاجراً فهدد بالتشهير بسوء حالته المالية أو كان رجلا ذا مكانة فهدد بالنيل من كرامته . وإما أن يتهدد ماله ، كما إذا هدد فى مزروعاته بالإتلاف أو فى داره بالحريق .

وقد يهدد الخطر غير المتعاقد ، على أن يكون شخصاً أثيراً عنده . فالزوج والزوجة والخطيب والخطيبة والأولاد والآباء والأقارب والأصدقاء ، يكون فيهم عادة من يعزهم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر بما يتهددهم من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير هذه الرهبة . وينظر القاضى فى كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يتهدده الخطر . وكثيراً ما يعمد المجرمون إلى خطف الأولاد ويهددون ذويهم بإلحاق الأذى بأولادهم إن لم يفتدوهم بالمال ، فهذا التهديد يكفى لتحقق الإكراه . وقد يكون الغير الذى وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذى صدر عنه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمض هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد ، بأن كان والده مثلا .

والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، فتهديد شخص بقتله أو يدفع مالا وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تكون الوسائل مشروعة وتستعمل للوصول إلى غرض غير مشروع ، فيتحقق الإكراه . مثل ذلك أن يفاجئ شخص آخر متلبساً بجريمة ، فيستغل هذا الظرف ويضطره إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه . وقد تكون الوسائل غير مشروعة ، ولكنها تستعمل للوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا هددت امرأة عاشرت رجلا مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبة له إذا لم يمض لها

التزاماً يعوضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها ، وكما إذا حصل شخص بطريق التهديد عن سند مثبت لحقه أو على ضمان لهذا الحق ، فما دام الشخص الذى يستعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه فإن العقد لا يبطل للإكراه . ومن باب أولى لا يبطل العقد للإكراه إذا استعملت وسائل مشروعة للوصول إلى غرض مشروع ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ماله إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات ، وكالمودع يهدد المودَع عنده بتقديم بلاغ إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من المال ، وكالزوجة تهدد زوجها بأن تحبسه فى نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه . على أن الواقع من الأمر أننا إذا نظرنا إلى الإكراه من حيث إنه يعيب الإرادة — لا من حيث إنه عمل غير مشروع — رأيناه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أم غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعاً أم غير مشروع . فالإكراه فى جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويعيبها . لذلك يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، القول بإبطال العقد فى الصورة التى تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة ولو للوصول إلى غرض مشروع . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً فى كل من هاتين الصورتين ، فإن المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه إذا استعمل حقه فى إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذى أريد من العقد تحقيقه ، ويعتبر هذا تعسفاً فى استعمال حق الإبطال . والتعسف فى استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخير تعويض ما كان عينياً ، فيمنع المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى فى الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أم غير مشروعة ، فالإكراه متحقق والعقد يجوز إبطاله لعيب فى الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه حقه فى إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والغرض الذى يراد منه أن يحققه غرض غير مشروع — أنه متعسف فى استعمال هذا الحق .

والشوكة والنفوذ الأدبى الذى قد يكون لشخص على آخر ، كنفوذ الأب على

ولده ، والزوج على زوجته ، والوصى على القاصر ، والرئيس على المرءوس ، لا يكون وسيلة للإكراه إلا إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد قضى بإبطال تصرف صدر من امرأة متدينة ، وتجردت بمقتضاه عن أموالها من غير مقابل لفائدة رئيس دينى استعمل نفوذه لحماها عليه . فإذا كان النفوذ الأدبى قد قصد به الوصول إلى غرض مشروع ، فإنه لا يعد إكراهاً . كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبى سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعاطفة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطرًّا بحكم النفوذ الأدبى ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوى ، إلى إمضاء عقد لا يبهظ الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بعيب الإكراه . على أن بعض هذه العقود قد تقوم على الاستغلال ، كما إذا استغلت زوجة جديدة مكانتها فى نفس زوجها ليؤثرها هى وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها . فنى هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبى من جهة والاستغلال والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الحالة الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير فى عين المتصرف ، كأب أو رئيس ، استعمل نفوذه الأدبى ، أما الحالة الثانية فلا يشترط فيها أن يكون الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير فقد يكون زوجة أو ولداً للمتصرف .

رهبة تحمل على التعاقد :

ويجب حتى يتحقق الإكراه أن يكون قد بعث فى نفس المتعاقد رهبة ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية فيما أراد ، وأن تكون هذه الرهبة هى التى حملته على التعاقد ودفعته إليه . فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته ، وهذه هى المسألة الجوهرية التى يجب الوقوف عندها ، وإليها ترد سائر مسائل الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيما محدقاً ، إنما هو المظهر المادى للرهبة التى انبعثت فى نفس المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحدق مقصوداً لذاته ، بل للنتيجة التى يؤدى إليها من وقوع الرهبة فى

النفس ، وأن تكون هذه الرهبة هى التى دفعت إلى التعاقد .

ولا بد فى تقدير الرهبة التى تحمل على التعاقد من النظر إلى حالة المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه والظروف التى أحاطت به . فيراعى فى ذلك جنس من وقع عليه الإكراه ، وسنه ، وحالته الصحية ، وحالته العقلية ، وحالته الاجتماعية . فالأنثى غير الذكر . والصبى الصغير غير الشاب القوى . والشاب القوى غير الهرم البالى . والقروى الساذج غير المدنى المتحضر . والعصبى المندفع غير المعتدل الهادئ المزاج . والضعيف غير القوى . والمريض غير المعافى . والجاهل غير المتعلم. والغبى غير الذكى .

ويجب الاعتداد أيضاً ، إلى جانب الحالة الشخصية ، بالظروف والملابسات . فالخطر قد يحدث رهبة فى نفس المتعاقد وهو فى جهة قاصية بعيدة عن الناس ، ولا يحدثه وهو فى مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو فى جماعة من الناس . وقد يكون الخوف أشد وقعاً فى نفسه ليلا منه نهاراً . فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر فى تكييف جسامة الخطر فى نفس المتعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن جسامة الخطر الذى ينشأ منه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه . فمعيار الإكراه إذن معيار ذاتى ، شأنه فى ذلك شأن معيار الغلط ومعيار التدليس .

الجهة التى صدر منها الإكراه :

الإكراه ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من أجنبى عن العقد ، يفسد الإرادة ، فإذا صدر من المتعاقد الآخر جعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه . أما إذا صدر من أجنبى ، فيشترط لإبطال العقد أن يثبت المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به ، واختار المتعاقد الذى وقع عليه الإكراه إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم فى هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة

الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . ويلاحظ أن الإكراه فى هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر ، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الإرادة فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمتعاقد الذى وقع عليه الإكراه أن يطالب الغير الذى صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر.

وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد . مثل ذلك أن يتقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك ، ويحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وأن يتفق جراح مع مريض على إجراء عملية فى نظير أجر باهظ مبالغ فيه . فما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء فى ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها . فأثر الضغط فى إرادة المتعاقد واحد فى كل هذه الأحوال ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجى واستغله فالعقد قابل للإبطال . وعلى النقيض من ذلك ينتفى الإكراه إذا لم يحاول الدائن أن يستغل المتعاقد معه ، بل يقتصر على إنقاذه فى مقابل منفعة معقولة . ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو اعتقد هذا المتعاقد أن الدائن قد استغله ، ما دام الدائن كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذى يتهدد المتعاقد معه . فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية جراحية خطيرة ، وتقاضى أجراً لعمله مبلغاً كبيراً من المال ولكنه يتناسب مع خطورة العملية : فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية ، فلو فرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد ، فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض فى هذه الحالة ، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً . هذا ويلاحظ أن استغلال الخطر الذى يتهدد المتعاقد لابتزاز أجر باهظ منه قد تضيق به قواعد الاستغلال كما وردت فى نصوص التقنين المدنى المصرى ، فهذه لا تنطبق إلا إذا استغل فى المتعاقد طيشه البين أو هواه الجامح ، أما استغلال الحاجة الملحة فقد حذف من النص .

فيبقى إذن من المفيد أن نعتبر استغلال الخطر الذى يتهدد المتعاقد صورة من صور الإكراه ، حتى يتمكن هذا المتعاقد من إبطال العقد للإكراه فى حالة لا يتمكن فيها من إبطاله أو إنقاصه للاستغلال[1] .

المطلب الثانى

الإكراه فى الفقه الإسلامى

بروز الإكراه عن سائر عيوب الإرادة فى الفقه الإسلامى :

يبرز الإكراه بروزاً واضحاً فى الفقه الإسلامى، ويتميز بهذا الوضوح عن سائر عيوب الإرادة . ذلك بأن الإكراه ، كما قدمنا ، أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية ، بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التى هى أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة وليست وسائل معنوية خفية . فاستقرار التعامل هنا لا يتعارض مع احترام الإرادة الحقيقية ، لا سيما إذا كان الإكراه واقعاً من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر كما هو الغالب .

والمذهب الحنفى هنا فى عيب الإكراه — خلافاً لما رأيناه عليه فى عيبى الغلط والتدليس — أكثر المذاهب عناية بتقرير مسائل الإكراه وبسطها مسهبة مفصلة ، حتى إنه ليجمع شتاتها فى باب مستقل يتميز عن سائر أبواب الفقه . فالإكراه هو العيب الوحيد من عيوب الإرادة الذى يجرد المذهب الحنفى أحكامه ، فلا يجعلها تتصل بعقد أو تصرف بالذات ، ولكن يتناول بها جميع التصرفات ، لا التصرفات القولية فحسب بل التصرفات الفعلية أيضاً ، أى يعممها فتشمل جميع مصادر الحقوق من تصرفات قانونية ووقائع مادية كما سنرى . ويعنى علم أصول الفقه أيضاً بالإكراه فيعقد له باباً خاصاً .

ويقول السرخسى فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ٤٠) إن محمداً رحمه الله عنى

---

(١) انظر فى كل ما تقدم الوسيط جزء أول ص ٣٣٤ — ص ٣٥٥ .

بوضع كتاب فى الإكراه خاصة وقد ابتلى « بسبب تصنيف هذا الكتاب ، على ما حكى عن ابن سماعة رحمه الله قال : لما صنف محمد رحمه الله هذا الكتاب ، سعى به بعض حساده إلى الخليفة ، فقال إنه صنف كتاباً سماك فيه لصاً غالباً . فاغتاظ لذلك ، وأمر بإحضاره . وأتاه الشخص وأنا معه ، فأدخله على الوزير أولا فى حجرته . فجعل الوزير يعاتبه على ذلك ، فأنكره محمد أصلا . فلما علمت السبب ، أسرعت الرجوع إلى داره ، وتسورت حائط بعض الجيران ، لأنهم كانوا سمروا على بابه . فدخلت داره ، وفتشت الكتب ، حتى وجدت كتاب الإكراه ، فألقيته فى جب فى الدار ، لأن الشرط أحاطوا بالدار قبل خروجى منها ، فلم يمكنى أن أخرج ، واختفيت فى موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه إلى دار الخليفة بأمر الوزير وفتشوها ، فلم يجدوا شيئاً مما ذكره الساعى لهم . فندم الخليفة على ما صنع به ، واعتذر إليه ، ورده بجميل . فلما كان بعد أيام أراد محمد رحمه الله أن يعيد تصنيف الكتاب ، فلم يجبه خاطره إلى مراده ، فجعل يتأسف على ما فاته من هذا الكتاب . ثم أمر بعض وكلائه أن يأتى بعامل ينقى البئر ، لأن ماءها قد تغير . فلما نزل العامل فى البئر ، وجد الكتاب فى آجرة أو حجر بناء من طى البئر لم يبتل ، فسر محمد رحمه الله بذلك . وكان يخفى الكتاب زماناً ، ثم أظهره . فعد هذا من مناقب محمد ، وما يستدل به على صحة تفريعه لمسائل هذا الكتاب »[1] .

والفقه الإسلامى عندما يتناول نظرية الإكراه يتبسط فيها ويفيض فى تفصيلاتها ، حتى إنه ليتميز عن الفقه الغربى ، فى هذه النظرية ، فى أمور ثلاثة :

أولا : عندما ينظر الفقه الإسلامى إلى الإكراه كعيب فى الإرادة ، يجعل — فى المذهبين الحنفى والشافعى — الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى . فقد رأينا أن كلا من الغلط والتدليس لا يمنع من صحة العقد ، وإنما

(١) سقنا هذه القصة لنبين كيف أن القانون العام ، فى مسائل الحكم والإدارة ، لم يرق فى الفقه الإسلامى رقى القانون الخاص . فقد كان الفقهاء يخشون بأس الفقهاء والسلاطين لو أنهم عرضوا لمثل هذه المسائل الشائكة ، حتى قيل إن الماوردى لم يذع كتابه فى الأحكام السلطانية طيلة حياته ، وأوصى ألا يذاع إلا بعد موته . ويكفى أن التصنيف فى مسألة الإكراه — مع بعدها عن مسائل الحكم — كانت سبباً فى هذا البلاء الذى أصاب محمداً رحمه الله . وكان الإكراه أيضاً — عندما حدث مالك بحديث « ليس على مستكره طلاق » — سبباً فى محنة مالك رحمه الله .

يجعل العقد غير لازم فيكون للعاقد الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه . أما فى الإكراه فالمذهب الحنفى ، فى تحديد الجزاء عليه ، يتردد بين فساد العقد وتوقفه. وكلاهما أشد من عدم اللزوم ، وظاهر المذهب فساد العقد لا توقفه . والمذهب الشافعى يجعل جزاء الإكراه البطلان . على أن مذهب مالك يجعل جزاء الإكراه عدم لزوم العقد ، فيستوى الإكراه فى ذلك مع سائر عيوب الإرادة .

ثانياً : وعندما ينظر الفقه الإسلامى إلى الإكراه كعمل غير مشروع ، يقف طويلا عند ذلك ، ويفصل كيف يرجع العاقد الذى وقع عليه الإكراه على المكرِه بالضمان جزاء إكراهه .

ثالثاً : ولا يقتصر الفقه الإسلامى على هاتين الناحيتين ، بل هو يجاوز بالإكراه منطقة العقود والتصرفات ، فتندمج فيه نظريات مختلفة يعالجها الفقه الغربى فى نواح أخرى : تندمج فيه نظرية العمل غير المشروع ، ونظرية الضرورة ، ونظرية الدفاع الشرعى ، ونظرية الوديعة الاضطرارية ، ونظرية الصورية فى بيع التلجئة ، ونظرية السبب الأجنبى ، وغير ذلك من النظريات التى لا نعرض لها هنا لخروجها عن نطاق هذا البحث .

وسنجرى فى بسط مسائل الإكراه فى الفقه الإسلامى — فى النطاق الذى رسمناه — على الترتيب الذى رأيناه فى الفقه الغربى ، فنستعرض المسائل الآتية :

١ — استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق .

٢ — هل يكون الإكراه متحققاً إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع ، وهل يتحقق عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبى ؟

٣ — الرهبة التى تحمل على التعاقد .

٤ — الجهة التى يصدر منها الإكراه .

٥ — ونضيف مسألة خامسة ، هى حكم الإكراه ، فقد قدمنا أن هذا الحكم يختلف باختلاف المذاهب .

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق :

الإكراه فى الفقه الإسلامى هو حمل الغير على ما لا يرضاه[1] . وجاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ٣٨ — ٣٩) : « الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره ، فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره ، من غير أن تنعدم به الأهلية فى حق المكرَه ، أو يسقط عنه الخطاب ، لأن المكرَه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب . . . ولذلك لا ينعدم أصل القصد والاختيار بالإكراه ، وكيف ينعدم ذلك وإنما طلب منه أن يختار أهون الأمرين عليه » . ونرى من ذلك أن الإكراه يعدم الرضاء ويبقى الاختيار ، فإن الإنسان يكون مختاراً لأخف الضررين دون أن يكون راضياً بأيهما . والاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر ، فإن استقل الفاعل فى قصده فاختياره صحيح ، وإلا ففاسد . والرضاء يكون منعدماً دائماً مع الإكراه . أما الاختيار فيكون فاسداً فى الإكراه الملجئ وهو الإكراه الذى يهدد بفوات النفس أو ما هو فى معناها كالعضو ، ويبقى صحيحاً فى الإكراه غير الملجئ وهو الإكراه بالقيد أو الحبس مدة طويلة أو بالضرب الذى لا يخشى منه على النفس أو العضو (انظر فتح الغفار جزء ٣ ص ١١٩) » .

ويسمى الكاسانى الإكراه الملجئ بالإكراه التام . والإكراه غير الملجئ بالإكراه الناقص . جاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٧٥) : « وأما بيان أنواع الإكراه فنقول إنه نوعان . نوع يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذى يخاف فيه تلف النفس أو العضو ، قل الضرب أو كثر ، ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وأنه غير سديد؛ لأن المعول عليه تحقق الضرورة فإذا تحققت فلا معنى لصورة العدد . وهذا النوع يسمى إكراهاً تامًّا . ونوع لا يوجب الإلجاء والاضطرار ، وهو الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه التلف ، وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء ، أعنى الحبس والقيد والضرب . وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراهاً ناقصاً » . وجاء فى التوضيح (جزء ٢ ص ١٩٦) : « الإكراه . . . وهو إما ملجئ بأن يكون بفوت النفس أو العضو ، وهذا معدم

(١) فتح الغفار جزء ٣ ص ١١٩ .

للرضا ومفسد للاختيار . وإما غير ملجئ بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب ، وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار »[1] . وجاء فى التلويح شرحاً لما تقدم : « الإكراه وهو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه ، فيكون معدماً للرضا لا للاختيار ، إذ الفعل يصدر عنه باختياره . لكنه قد يفسد الاختيار ، بأن يجعله مستنداً إلى اختيار آخر ، وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلا فى قصده . وحقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر ، فإن استقل الفاعل فى قصده فصحيح ، وإلا ففاسد . وبهذا الاعتبار يكون الإكراه إما ملجئاً بأن يضطر الفاعل إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو ما هو فى معناها كالعضو ، وإما غير ملجئ بأن يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو » . (انظر أيضاً المادتين ٢٨٥ — ٢٨٦ من مرشد الحيران، والمادتين ١٠٠٦ — ١٠٠٧ من المجلة) .

والفرق بين الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ أن الأول ، وهو أشد جسامة من الثانى ، يؤثر فى التصرفات القولية والتصرفات الفعلية جميعاً أى فى التصرفات القانونية والوقائع المادية ، فيفسد الأولى ويصلح عذراً يعفى من المسئولية عن الثانية . أما الإكراه غير الملجئ فيقتصر على التأثير فى صحة التصرفات القولية ، ولا يصلح عذراً يعفى من المسئولية عن التصرفات الفعلية لأنه لم يبلغ حد الجسامة الواجب لذلك ، ولكن لما كان كل من النوعين يعدم الرضاء ، ويفسد التصرف القانونى ، فإن إطلاق الإكراه دون تخصيص ينصرف إلى الملجئ وغير الملجئ .

ويجب أن يكون الإكراه جسيما ، حتى فيما كان منه غير ملجئ ، وجسامة الإكراه فى الفقه الإسلامى ، كما هو فى الفقه الغربى ، أمر نسبى يتوقف على حالة الشخص الذى يقع عليه الإكراه . فضعيف الجسم لا يحتمل ما يحتمله القوى . ثم إن هناك علاقة وثيقة ما بين الوسيلة التى تستعمل للإكراه والعمل الذى يراد الإكراه على إتيانه ، إذ يجب أن يتناسب هذا العمل مع تلك الوسيلة . والإكراه

---

(١) فالإرادة فى الفقه الإسلامى تتكون من عنصرين ، الاختيار والرضاء . فإذا انعدمت الإرادة ، انعدم العنصران معاً ، كما رأينا ذلك فى الفقه الغربى عند انعدام الإرادة بالإكراه . وإذا فسدت الإرادة — كما رأينا ذلك أيضا فى الفقه الغربى — فمعنى ذلك فى الفقه الإسلامى أن عنصر الرضاء منعدم ، ويبقى عنصر الاختيار ، فاسداً فى الإكراه الملجئ وصحيحا فى الإكراه غير الملجئ .

لا يتحقق إلا إذا كان الإنسان يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه . فلو هدد شخص بالضرب سوْطاً أو سوطين أو بالحبس مدة قصيرة لإجباره على إمضاء التزام باهظ . لوجب أن يحتمل هذا الضغط الهين ويمتنع عن إمضاء الالتزام الباهظ إذ لا تناسب بين الاثنين ، وهذا ما لم يكن ضعيف الجسم إلى حد أنه لا يحتمل هذا الألم الخفيف. ويقول المبسوط (جزء ٢٤ ص ٥٠) فى هذا المعنى : « وقد بلغنا عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : ما من كلام أتكلم به يدرأ عنى ضربتين بسوط غير ذى سلطان إلا كنت متكلماً به . وإنما نضع هذا على الرخصة فيما فيه الألم الشديد، وإن كان من سوطين . فأما أن نقول: السوطان اللذان لا يخاف منهما تلف يوجبان الرخصة له فى إجراء كلمة الشرك ، فهذا مما لا يجوز أن يظن بعبد الله رضى الله عنه . وأما تصرف هذا اللفظ منه على سبيل المثل ، فلبيان الرخصة عند خوف التلف . وقيل السوطان فى حقه كان يخاف منهما التلف لضعف نفسه، فقد كان بهذه الصفة على ما روى أنه صعد شجرة يوماً ، فضحكت الصحابة رضى الله عنهم من دقة ساقيه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تضحكوا فهما ثقيلان فى الميزان » . ويقول أيضاً (جزء ٢٤ ص ٦٨) : « ولو قال لتقطعن يد نفسك أو لأقطعنها ، أنه لم يسعه قطعها ، لأنه ليس بمكرَه ، فالمكرَه من ينجو عما هدد به بالإقدام على ما طلب منه . وهنا فى الجانبين عليه ضرر قطع اليد ، وإذا امتنع صارت يده مقطوعة بفعل المكره ، و إذا أقدم عليه صارت مقطوعة بفعل نفسه . وهو يتيقن بما يفعله بنفسه، ولا يتيقن بما هدده به المكرِه ، فربما يخوفه بما لا يحققه. فلهذا لا يسعه قطعها ، ولو قطعها لم يكن على الذى أكرهه شىء ، لأن نسبة الفعل إلى المكرِه عند تحقق الإكراه . والإكراه أن يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه ، وذلك لا يوجد هنا » . ويقول كذلك (جزء ٢٤ ص ١٥١ — ص ١٥٤) : « وإذا أكره الرجل بوعيد تلف على أكل الميتة أو لحم الخنزير أو شرب الخمر فلم يفعل حتى قتل ، وهو يعلم أن ذلك يسعه ، كان آثماً . . . فإن كان لا يعلم أن ذلك يسعه ، رجوت ألا يكون آثماً ، لأنه قصد به التحرز عن ارتكاب الحرام فى زعمه . . . ثم ذكر فى فصل الإكراه على الكفر أنه إذا امتنع من ذلك حتى قتل لم يكن آثماً ، وقد بينا أنه مأجور فيه . . . وحديث خبيب رضى الله عنه معروف...

إن إجراء كلمة الشرك فى هذه الحالة رخصة له ، والامتناع هو العزيمة ، فإن ترخص بالرخصة وسعه ، وإن تمسك بالعزيمة كان أفضل له . . . ولو أن رجلا وجب عليه أمر بمعروف أو نهى عن منكر ، فخاف إن فعل أن يقتل وسعه ألا يفعل ، وإن فعل فقتل كان مأجوراً » . وحديث خبيب المشار إليه هنا ، يفصله المبسوط هو وحديث عمار بن يسار فى موضع آخر (جزء ٢٤ ص ٤٣ – ص ٤٤) على الوجه الآتى : « أخذ المشركون عمار بن ياسر رضى الله عنه ، فلم يتركوه حتى سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ، ثم تركوه . فلما أتى رسولَ الله صلى الله عليه وسلم ، قال عليه الصلاة والسلام ما وراءك ، قال شر ، ما تركونى حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير . قال عليه الصلاة والسلام فكيف تجد قلبك ، قال أجده مطمئناً . قال عليه الصلاة والسلام : إن عادوا فعد . . . ولكن مراده عليه الصلاة والسلام : إن عادوا إلى الإكراه ، فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان . وهذا لأن التكلم وإن كان يرخص له فيه ، فالامتناع منه أفضل . ألا ترى أن خبيب بن عدى رضى الله عنه لما امتنع حتى قتل ، سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء ، وقال هو رفيقى فى الجنة . وقصته أن المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة ، فجعلوا يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ويسب محمداً صلى الله عليه وسلم ، وهو يسب آلهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير : فأجمعوا على قتله . فلما أيقن أنهم قاتلوه ، سألهم أن يدعوه ليصلى ركعتين . فأوجز صلاته ، ثم قال إنما أوجزت لكيلا تظنوا أنى أخاف القتل . ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليكون هو ساجداً لله حين يقتلونه ، فأبوا عليه ذلك . . . فلما قتلوه وصلبوه ، تحول وجهه إلى القبلة » .

ونرى من ذلك أن الإكراه فى الفقه الإسلامى أمر نسبى . فيجوز للإنسان أن يقدم على القليل ليدفع عنه الكثير ، ولا يجوز له أن يقدم على الكثير ليدفع عنه القليل . وإذا أقدم على الكثير ليدفع عنه الكثير كان معذوراً ، أما إذا لم يقدم فإنه يكون مأجوراً .

والإكراه يتحقق من السلطان وغير السلطان ، فكل متغلب يقدر على تنفيذ ما هدد به يحدث فى النفس الرهبة التى يتحقق بها الإكراه ، سلطاناً كان أو لصاً

وهذا هو قول الصاحبين . ويذهب أبو حنيفة إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، ولو صدر الإكراه من غيره أمكن أن يفزع من وقع عليه الإكراه إلى السلطان . والفتوى على قول الصاحبين . جاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٣) : « الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وفى قول صاحبيه رحمهما الله تعالى يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به ، وعليه الفتوى » . وجاء فى الهداية (تكملة فتح القدير ٧ ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) : « الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به ، سلطاناً كان أو لصًّا . لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره ، فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكرَه تحقيق ما توعد به . وذلك إنما يكون من القادر ، والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة . والذى قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، ولم تكن القدرة فى زمنه إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله » . وجاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٧٦) : « وعلى هذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إنه يتحقق من السلطان وغيره . وجه قولهما أن الإكراه ليس إلا إيعاداً بإلحاق المكروه ، وهذا يتحقق من كل مسلط . وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد ، لأن المكرَه يستغيث بالسلطان فيغيثه ، فإذا كان المكرِه هو السلطان فلا يجد غوثاً . وقيل إنه لا خلاف بينهم فى المعنى ، إنما هو خلاف زمان ، ففى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراه ، ثم تغير الحال فى زمانهما فغيرت الفتوى على حسب الحال » .

ويجب أن يكون الخطر الذى يهدد المكرَه خطراً محدقاً . . . وهنا أيضاً كما فى الفقه الغربى ، العبرة بحالة المكرَه . فقد تبقى الرهبة فى نفسه ما دام المكرَه حاضراً فيتمثل الخطر محدقاً ، وتزول الرهبة إن غاب المكره عن بصره فيزول الإكراه ، ولا يجوز إذن لمن وقع عليه الإكراه أن يقدم على العمل بعد غياب المكره . ولذلك

جاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٣) : « وإن غاب المكرِه عن بصر من أكرهه يزول الإكراه » . وجاء فى المادة ١٠٠٥ من المجلة : « إن فعل المكرَه المكرَه عليه فى حضور المجبر أو عونه كان الإكراه معتبراً . أما إذا فعله فى غياب المجبر أو عونه ، فلا يعتبر ، لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه . مثلا لو أكره واحد آخر على بيع ماله ، وذهب المكرَه وباع ماله فى غياب المجبر وعونه ، فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً » . وجاء فى المادة ٢٩٠ من مرشد الحيران : « إذا عقد المكرَه العقد فى غياب المجبر . ولم يرسل المجبر أحداً ليرده إليه إن لم يفعل ، فلا يعتبر الإكراه ، ويكون قد عقده طوعاً بعد » . ولكن يبدو أن هذا إنما يكون إذا اعتقد المكرَه أن غياب المجبر قد أبعد عنه الخطر . ذلك أن العبرة بحلول الرهبة فى نفس المكرَه كما قدمنا . فإذا وقعت الرهبة فى نفسه وبقيت حتى بعد غياب المجبر ، كان الإكراه متحققاً . وإذا لم تقع الرهبة فى نفسه ، فإن الإكراه لا يتحقق حتى مع حضور المجبر . فالمعيار هنا أيضاً نفسى . وقد جاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ٥٠) : « ولو أن هؤلاء اللصوص قالوا شيئاً من ذلك للرجل ، والرجل لا يرى أنهم يقدمون عليه ، لم يسعه الإقدام على المحرم ، لأن المعتبر خوف التلف ، ولا يصير خائفاً التلف إذا كان يعلم أنهم لا يقدمون عليه وإن هددوه به » . وقال كاشف الغطاء من أئمة الجعفرية (جزء ٣ ص ١٧٧ — ص ١٧٨) : « سواء فعل ذلك بحضور المكرِه المتوعد أو بغيابه ، فإن الحضور والغياب ليس له أى أثر بعد تحقق تلك الشروط ، فلا وجه لما فى المادة ١٠٠٥ (من المجلة) . فإنه لو أكره أحد آخر على بيع داره ولو بكتاب أو رسول ، تحقق الإكراه ، وأى أثر للحضور إذا كان الخوف حاصلا حتى مع الغياب! » .

والخطر إما أن يتهدد المتعاقد فى نفسه أو جسمه ، وإما أن يتهدده فى اعتباره بين الناس ، وإما أن يتهدده فى ماله . وقد رأينا أن الإكراه الملجئ هو الذى يهدد بفوات النفس أو العضو ، وأن الإكراه غير الملجئ يكون بالحبس والقيد والضرب . ويشير كل من التاودى والتسولى فى شرح تحفة ابن عاصم إلى كل هذه الأشياء التى يتهددها الخطر . فيقول التاودى (جزء ٢ ص ٧٥) : « فصل فى بيع المضغوط : المراد به هنا المكرَه على البيع أو على سببه . . . وما أشبهه ، يعنى المغصوب منه ،

ومن يبع فى غير حق شرعى بالقهر . . مالا . . تحت ضغط مرعى ، أى معتبر شرعاً ، بأن يكون بخوف قتل أو ضرب أو سجن أو صفع لذى مروءة بملأ أو أخذ مال أو قتل ولد . قال الشارح والإهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه ، فكيف بالضرب والإيلام . قال ابن رشد والسجن بمجرده عند ذوى العلم إكراه ، فكيف بما وصفت من الإخافة والوثاق بالحديد » . ويقول التسولى (جزء ٢ ص ٧٥ — ٧٦) : « والإهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه . قال فى نوازل الكفالة من البرازلى فى قوم تضامنوا لعداوة كانت بينهم إن ما ذهب لأحدهم ضمنه الآخران الكفالة غير لازمة لوجود الإكراه بالخوف من رجوع العداوة » .

والقياس أن يكون الإكراه واقعاً على المكرَه نفسه لا على أحد غيره . ولكن الاستحسان أن يعتبر إكراهاً كل خطر جسيم يهدد الابن أو الأب أو ذا الرحم المحرم . جاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ١٤٣ — ١٤٤) : « ولو قيل له لتقتلن ابنك هذا أو أباك أو لتبيعن عبدك هذا بألف درهم ، فباعه : فالقياس أن البيع جائز لأنه ليس بمكرَه على البيع ؛ فالمكرَه من يهدد بشىء فى نفسه : ولكنه استحسن فقال البيع باطل ، لأن البيع يعتمد تمام الرضا ، وبما هدد به ينعدم رضاه ، فالإنسان لا يكون راضياً عادة بقتل أبيه أو ابنه ، ثم هذا يلحق الهم والحزن به فيكون بمنزلة الإكراه بالحبس والإكراه بالحبس يمنع نفوذ البيع والإقرار والهبة والعقود التى تحتمل الفسخ ، فكذلك الإكراه بقتل ابنه ، وكذلك التهديد بقتل ذى رحم محرم ، لأن القرابة المتأيدة بالمحرمية بمنزلة الولاد فى حكم الأحياء : بدليل أنها توجب العتق عند الدخول فى ملكه . ولو قيل لنحبسن أباك فى السجن أو لتبيعن هذا الرجل عبدك بألف درهم ، ففعل ، فى القياس البيع جائز لما بينا أن هذا ليس بإكراه ، فإنه لم يهدد بشىء فى نفسه ، وحبس أبيه فى السجن لا يلحق ضرراً به ، والتهديد به لا يمنع صحة بيعه وإقراره وهبته ، وكذلك فى حق كل ذى رحم محرم . وفى الاستحسان ذلك إكراه كله ، ولا ينفذ شىء من هذه التصرفات ، لأن حبس أبيه يلحق به من الحزن ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر ، فالولد إذا كان باراً يسعى فى تخليص أبيه من السجن وإن كان يعلم أنه يحبس ، وربما يدخل السجن مختاراً ويحبس مكان أبيه ليخرج أبوه . فكما أن التهديد بالحبس فى حقه يعدم تمام

الرضا ، فكذلك التهديد بحبس أبيه ، والله أعلم » . ويبدو أن المذهب المالكى لا يسلم بالإكراه الواقع على الأقارب تسليم المذهب الحنفى ، فى نصوص الفقه المالكى تردد واضح . جاء فى التسولى (جزء ٢ ص ٧٦) : « وأما الخوف على أجنبى ، فصحح ابن بشير قول أشهب بأنه لا إكراه . وقال ابن بزيزة إنه المشهور . وأحرى خوفه على قتل أبيه أو أخيه أو عمه . بل صرح ابن فرحون بأن المعرة إكراه ، ولا يخفى أن قتل الأجنبى عند المؤمن أعظم من صفع قفاه » . وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٥٠ – ص ٢٥١) : « قال ابن عرفة : وبيع قريب المضغوط لفكاكه من عذاب ، كزوجته وولده وقريبه ، لازم اه . يريد بيعه متاع نفسه ، كما صرح به فى التوضيح وغيره ، وقال لأن هؤلاء لم يضغطوا ، ولو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا اه . وهذا فى غير الأب . وأما الأب إذا عذب ولده بين يديه ، فقال البرازلى إنه من الإكراه ، ونصه وسئل ابن البراء عمن أخذه العمال بغير حق فباعت أمه وأخواته داراً لهم قامت عليهم بسبعمائة وقيمتها حينئذ أربعمائة بمائة وخمسين ديناراً جبراً بسبب فداء ولدها ، وكانت لأبيه قاعة فباعها بأربعة عشر ديناراً . ثم مات الوالدان ، وقام الورثة بنقض البيع بسبب الغبن أو غيره ، فأجاب : إذا ثبت الجور والعدوان بطل ما يجرى فى ذلك ، والحاكم ينظر فيه فما ثبت عنده بنى عليه حكمه الشرعى . قلت تقدم فى الرواية أن ما باعته زوجته أو ابنه أو قريبه من متاع أنفسهم فى افتكاكه يلزمهم بيعه ، بخلاف متاع المضغوط ، لأنهم لم يطلبوا إنما باعوا حسبة . فعلى هذا كل ما باعته هذه المرأة والأخوات من مالهن فلا مقال لهن فيه . واستشكل الشيخ أبو القاسم السيورى هذه الرواية ، وقال لم يظهر لى صوابها ، فإن الولد إذا عذب بين يدى والديه فأى إكراه أبين من هذا ، وأين الحسبة والله تعالى يقول (لا تضار والدة بولدها) . قلت هذا أحد الأقوال إن الإكراه بسبب الولد كالإكراه بالنفس ، لكن يبقى غير الولد من الزوجة والإخوة ونحو ذلك مما نص عليه فى الرواية اه . واعلم أن الرواية لم ينص فيها على الوالد ، ولعله خارج من هذا الحكم ، وأما السؤال ففيه أنهم باعوا جبراً فتأمله والله أعلم » .

أما المذهب الحنفى فهو صريح ، كما رأينا فى المبسوط ، فى أن الإكراه بسبب ذوى الرحم المحرم معتبر . وقد نصت المادة ٢٨٧ من مرشد الحيران على

أن « الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضاً » .

هل يكون الإكراه متحققاً إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع ؟ وهل يتحقق عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبى ؟ :

وفى الفقه الإسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، لا يتحقق الإكراه إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض مشروع . فمطالبة الشخص بحق عليه أمر مشروع دون شك ، ثم إن إكراه هذا الشخص على أداء الحق الذى عليه لا يكون إكراهاً معتبراً ، ولا يفسد التصرف القانونى الذى يؤدى به الحق ، ويكون الإكراه هنا إكراهاً بحق ، أو جبراً شرعياً . وصور الجبر الشرعى كثيرة : منها جبر القاضى المديان على بيع متاعه للغرماء ، وجبر من عليه الخراج على بيع ماله لأداء الخراج ، وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما بها ، وجبر عمال السلطان على بيع أموالهم لرد ما جمعوه من الناس ظلماً . كل هذه صور للجبر الشرعى لا يعتد فيها بالإكراه ، لأنه إكراه بحق شرعى ، أو هو إكراه للوصول إلى غرض مشروع . وجاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ٩) فى هذا المعنى : « واحترز بالجبر الحرام من الجبر الشرعى ، كجبر القاضى المديان على البيع لوفاء الغرماء أو المنفق للنفقة والخراج الحق فليس من ذلك بل هو جائز لازم ، ومن الإكراه الحق الجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد والطعام إذا احتيج إليه » . وجاء فى المواق (جزء ٤ ص ٢٥٢) : « العامل يعزله الوالى على سخطه ، أو يتقبل الكورة بمال يلتزمه ويأخذ أهلها بما شاء من الظلم ، فيعجز عما عليه ، فيغرمه الوالى مالا بعذاب حتى يلجئه لبيع ماله . فبيعه ماض عليه ، كمضغوط فى حق عليه ، سواء أخذ الوالى ماله لنفسه أو رده على أربابه . وكذلك المكره والمضغوط فى البيع لحق عليه أو دين لازم ، وكذلك بيع أهل الذمة والعنوة فيما عليهم من جزية اه . انظر أيضاً قد نصوا أنه كما يجبر الإنسان على بيع ماله لحق عليه ، كذلك يجبر ذو ربع على بيعه لتوسيع مسجد الجمعة ، أفتى به ابن رشد . وكذلك قال سحنون : يجبر ذو أرض تلاصق طريقاً هدها نهر لا ممر للناس إلا فيها على بيع طريق منها

لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال . . . وكذلك أيضاً الماء لمن به عطش ومن انهارت بئره ، والمحتكر ، وساقية البلد ، والفدان فى قرن الجبل لتخلص الناس من أجل وعره ، والغرس يطلبه السلطان إن لم يدفع له جبر الناس » . وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٣) : « ومضى البيع المجبر عليه ، إذا كان ذلك فى جبر السلطان عاملا من عماله . . . وذلك أن السلطان إذا أراد تولية أحد أحصى ما بيده ، فما وجده بعد ذلك زائداً على ما بيده وعلى ما كان يرزق من بيت مال المسلمين ، وإنما أخذه بجاه القضاء والولاية ، فالمشاطرة حسنة ، وقد فعلها سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه مع عماله لما أشكل عليه ما اكتسبوه بالقضاء والعمالة . . . والكلام على مشاطرة سيدنا عمر لسيدنا أبى هريرة وسيدنا أبى موسى رضى الله عنهم مع أن علو منصبهم ومرتبتهم فى الورع والدين معلومة . أما إذا كان العامل مشهوراً بالظلم للناس وأخذ أموالهم ، فعلى السلطان أن يأخذ جميع ما ظلم الناس به ويرده عليهم . وما ذكره المصنف هنا مفهوم . . . ولو أدخل الكاف عليه فقال : فى كجبر عامل ، لكان أحسن ، ليدخل فى كلامه صور الجبر الشرعى ، كجبر القاضى المديان على بيع متاعه للغرماء ، وجبر أهل الذمة على بيع أموالهم لأداء الجزية الشرعية ، وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما بها على ما اختاره ابن رشد . . . قال ابن القاسم قال مالك فى الذى يضغط فى الخراج فيبيع بعض متاعه على وجه الضغط : أرى أن يرد عليه بغير ثمن إذا كان بيعه إياه على عذاب أو ما أشبهه من الشدة ، ولا أرى لمشترى ذلك أن يستحله ولا يحبسه . قال ابن رشد إنما يرد عليهم ما اشترى منهم على وجه الضغط إذا كان الذى يطلبون ويضغطون فيه ظلماً وتعدياً ، أو كانوا فقراء لا يلزمهم ما وجب عليهم حتى يوسروا فيبيع عليهم ما لا يلزمهم بيعه كثوب يستتر به وشبهه ، فهذا يلزم مشتريه رده . فأما أن بيع عليه شىء فى حق واجب من جزيته أو من غير جزيته تحت الضغط والإكراه ، فلا يرد عليه ، وهو سائغ لمن اشتراه ، وقد كان ينبغى أن يرفق بهم فى تقاضى ذلك منهم وألا يعذبوا على ذلك » .

ويقسم الشافعى الإكراه إلى إكراه بغير حق وإكراه بحق . والأول إما أن يكون عذراً شرعيًّا يقطع الحكم عن فعل الفاعل ، أو لا يكون عذراً شرعيًّا فيبقى الحكم

منسوباً إلى الفاعل . أما الإكراه بحق فلا يعتد به ، ولا يقطع الحكم عن فعل الفاعل . . وقد جاء فى التلويح (جزء ٢ ص ١٩٦ — ص ١٩٧) فى هذا المعنى ما يأتى : « القاعدة التى قررها الشافعى رحمه الله تعالى فى باب الإكراه هو أن الإكراه إما أن يحرم الإقدام عليه وهو الإكراه بغير حق ، أو لا وهو الإكراه بحق . والثانى لا يقطع الحكم عن فعل الفاعل ، كإكراه الحربى على الإسلام فيصح إسلامه ، بخلاف إكراه الذمى فإنه ليس بحق لقوله عليه السلام : « اتركوهم وما يدينون » . والأول إما أن يكون عذراً شرعياً ، أو لا . فإن كان عذراً شرعياً ، بأن يحل للفاعل الإقدام على الفعل ، فهو يقطع الحكم عن فعل الفاعل سواء أكره على قول أو عمل ، لأن صحة القول بقصد المعنى وصحة العمل باختياره ، والإكراه يفسد القصد والاختيار ، وأيضاً نسبة الحكم إلى الفاعل بلا رضاه إلحاق الضرر به ، وهو غير جائز لأنه معصوم محترم الحقوق ، والعصمة تقتضى أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه لئلا تفوت حقوقه بدون اختياره . ثم إذا قطع الحكم عن الفاعل ، فإن أمكن نسبة الفعل إلى الحامل أى المكره ، كالإكراه على إتلاف مال الغير ، نسب إليه . وإن لم يمكن ، بطل الفعل ، كالإكراه على الإقرار وسائر الأقوال ، وإن لم يكن عذراً شرعياً ، بألا يحل له الإقدام على الفعل ، كما إذا أكره على القتل أو الزنا ، لا يقطع الحكم عن الفاعل ، حتى يجب القصاص والحد على القاتل والزانى مكرهين » .

وعند الحنفية إكراه الشخص على إقامة ما هو مستحق عليه لا يوجب الضمان على المكره . جاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ١٠١) : « . . . فيكون هذا إكراهاً على إقامة ما هو مستحق عليه ، وذلك لا يوجب الضمان على المكره . كما لو أكرهه على أن يؤدى زكاة ماله ، أو يكفر يمينه » . وجاء أيضاً (ص ١٤٤) « وإذا أكره الرجل بوعيد تلف على أن يكفر يميناً قد حنث فيها ، فكفر بعتق أو صدقة أو كسوة ، أجزأه ذلك ، ولم يرجع على المكره بشىء . لأنه أمره بإسقاط ما هو واجب عليه شرعاً ، وذلك من باب الحسبة ، فلا يكون موجباً للضمان على المكره . وكأنه يعوضه ما جبره عليه من التكفير بسقوط التبعة عنه فى الآخرة . . . . فإن أوجب شيئاً بعينه على نفسه صدقة فى المساكين ، فأكره بحبس أو قيد على أن يتصدق بذلك ، جاز ما صنع منه ، ولم يرجع على المكره بشىء ، لأن الوفاء بما التزمه مستحق

عليه شرعاً كما التزمه ، فإذا التزم التصدق بالعين كان عليه الوفاء به فى ذلك العين ، والمكره ما زاد فى أمره على ذلك ، فلا يرجع عليه بشىء . . . ولو قال لله على عتق رقبة ، فأكرهه على أن يعتق عبداً بعينه بقتل ، فأعتقه ، ضمن المكره قيمته ، ولم يجزه عن النذر ، لأنه التزم بعتق رقبة بغير عينها ، والمكره فى أمر بعتق عبد بعينه ظالم ، فيكون ضامناً قيمته . وإن كان يعلم الذى أكرهه على عتق عبد هو أدنى ما يكون من التسمية ، لم يكن على المكره ضمان ، وأجزأ عن المعتق ، لتيقننا بوجوب هذا المقدار عليه » .

أما الإكراه على الإقرار فلا يجوز ، ولا يعتد بالإقرار فى هذه الحالة . ذلك لأن الحق إنما يثبت بالإقرار ، فقبل الإقرار لم يكن هناك حق ثابت ، فلا يصح أن يقال إن الإكراه كان بحق . وقد فصل المبسوط (جزء ٢٤ص ٧٠ — ص ٧٢) هذا الحكم على الوجه الآتى : « ولو أن قاضياً أكره رجلا بتهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص ، كان الإقرار باطلا . لأن الإقرار متمثل بين الصدق والكذب ، وإنما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب ، والتهديد بالضرب والحبس يمنع رجحان جانب الصدق . . . ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والحبس فى حق السارق وغيره إلا شىء روى عن الحسن بن زياد رضى الله عنه أن بعض الأمراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر ، فقال ما لم يقطع اللحم أو يبين العظم . ثم ندم على مقالته . وجاء بنفسه إلى مجلس الأمير ليمنعه من ذلك ، فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال . فلما رأى المال موضوعاً بين يدى الأمير ، قال ما رأيت ظلماً أشبه بالحق من هذا . ولو أكرهه قاض بضرب أو حبس حتى يقر بسرقة أو زنا أو شرب خمر أو قتل ، فأقر بذلك فأقامه عليه ، فإن كان رجلا معروفاً بما أقر له به ، إلا أنه لا بينة عليه ، فالقياس أن يقتص من المكره فيما أمكن القصاص فيه ، ويضمن من ماله ما لا يستطاع القصاص فيه ، لأن إقراره كان باطلا والإقرار الباطل وجوده كعدمه ، فبقى هو مباشراً للجناية بغير حق ، فيلزمه القصاص فيما يستطاع فيه القصاص . ولكن يستحسن أن يلزمه ضمان جميع ذلك فى ماله ويدرأ القصاص ، لأن الرجل إذا كان معروفاً بما أقر به على نفسه ،

فالذى يقع فى قلب كل سامع أنه صادق فى إقراره لما أقر به ، وذلك يورث شبهة ، والقصاص مما يندرئ بالشبهات ، ولأن على قول أهل المدينة رحمهم الله للإمام أن يجبر المعروف بذلك الفعل على الإقرار بالضرب والحبس ، فإن مرتكب الكبيرة قلّما يقر على نفسه طائعاً ، وإذا أقر به مكرهاً عندهم يصح إقراره ، وتقام عليه العقوبة . فيصير اختلاف العلماء رحمهم الله شبهة ، والقاضى مجتّهد فيما صنع ، فهذا اجتّهاد فى موضعه من وجه ، فيكون مسقطاً للقود عنه . ولكن يلزمه المال ، لأن المال مما يثبت مع الشبهات ، وبالإقرار الباطل لم نسقط حرمة نفسه وأطرافه ، فيصير ضامناً له مراعاة لحرمة نفسه وطرفه. وإن كان المكره غير معروف بشىء مما رمى به ، أخذت فيه بالقياس وأوجبت القصاص على القاضى فيما يستطاع فيه القصاص. لأنه إذا كان معروفاً بالصلاح فالذى يسبق إليه أوهام الناس أنه برىء الساحة مما رمى به ، وإنما أقر على نفسه كاذباً بسبب الإكراه » .

أما فى المذهب المالكى فالإقرار بالإكراه مختلف فى صحته : هناك قول يذهب إلى عدم قبوله ، وقول ثان يذهب إلى قبوله ، وقول ثالث يميز بين ما إذا عيَّن المقر ما اعترف به من قتل أو سرقة أو نحو ذلك فيقبل إقراره وما إذا لم يعين شيئاً من ذلك فلا يقبل إقراره . جاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٢١٦ — ص ٢١٧) : « شرط صحة الإقرار ألا يكون بإكراه . وأما المحبوس والمتّهدد فاختلف فى أخذه بإقراره ، واضطرب المذهب فى إقراره بعد الحبس والتّهديد ، هل يقبل جملة ، أو لا يقبل جملة ، أو الفرق فيقبل إذا عيَّن ما اعترف به من قتل وسرقة أو لا يقبل إذا لم يعين : ثلاثة أقوال اهـ . وقال الدماميني فى شرح البخارى فى قوله زملونى فزملوه حتى ذهب عنه الروع : وعن الإمام مالك أن المذعور لا يلزمه ما صدر منه فى حال ذعره من بيع وإقرار وغيره[1] » .

---

(١) وفى مذهب الشافعى اضطراب يقرب من اضطراب مذهب مالك . جاء فى نهاية المحتاج للرملى (جزءه ص ٧٢) : « أما مكره على الصدق ، كأن ضرب ليصدق فى قضية اتّهم فيها ، فيصح حال الضرب وبعده ، ويلزمه ما أقر به لأنه غير مكره ، إذ المكره من أكره على شىء واحد ، وهذا إنما ضرب ليصدق ، ولم ينحصر الصدق فى الإقرار . لكن يكره إلزامه حتى يرجع ويقر ثانياً . واستشكل المصنف قبول إقراره حال الضرب بأنه قريب من المكره وإن لم يكن مكرهاً . وعلله بما مر . ثم قال : وقبول إقراره بعد الضرب فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر . =

وقد يتحقق الإكراه فى الفقه الإسلامى عن طريق الشوكة والنفوذ الأدبى . والأصل أن مجرد الشوكة والنفوذ والأدبى لا يكون إكراهاً ، وذلك ما قررناه أيضاً فى الفقه الغربى . فالشوكة التى للزوج على زوجته ، وما تنطوى عليه من احتمال أن يطلقها أو يتزوج عليها ، ليست فى ذاتها إكراهاً . جاء فى الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٧) : « وإن أكره الزوج امرأته وهددها بالطلاق أو بالتزوج عليها أو بالتسرى لا يكون إكراها » . ولكن إذا استغل الزوج هذه الشوكة للوصول إلى غرض غير مشروع ، وبخاصة إذا قرن ذلك بتخويف وتهديد ، كان هذا إكراهاً وأفسد التصرف الصادر من الزوجة . جاء فى الدر المختار (جزء ٥ ص ١٣٤ — ص ١٣٥) : « خوفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها ، لم تصح الهبة إن قدر الزوج على الضرب . وإن هددها بطلاق أو تزوج عليها أو تسر ، فليس بإكراه ، خانية ، وفى مجمع الفتاوى منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبويها إلا أن تهبه مهرها ، فوهبته بعض المهر ، فالهبة باطلة ، لأنها كالمكرَه . قلت ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى ، وهى زوج بنته البكر من رجل ، فلما أرادت الزفاف منعها الأب إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها . فأقرت ، ثم أذن لها بالزفاف ، فلا يصح إقرارها لكونها فى معنى المكرَهة . وبه أفتى أبو السعود مفتى الروم » . وجاء فى ابن عابدين (جزء ٥ ص ١٣٤ — ١٣٥) تعقيباً على ما تقدم : « قوله فليس بإكراه . لأن كل فعل من هذه الأفعال (أى الطلاق أو التزوج عليها أو التسرى) جائز شرعاً ، والأفعال الشرعية لا توصف بالإكراه . قلت نعم ، ولكن يدخل عليها غمًّا يفسد صبرها ، ويظهر عذرها ، وقد مر أن البيع ونحوه يفسد بما يوجب غمًّا يعدم الرضا . ويدل عليه ما يذكره بعده ، فإن منع المريضة عن أبويها ومنع البكر عن الزفاف لا يغمها أكثر من هذه الأفعال . ولكن لا مدخل للعقل مع النقل . هذا وقدمنا أن ظاهر قولهم : الزوج سلطان زوجته أنه يكفى فيه مجرد الأمر حيث كانت تخشى منه الأذى . قوله وبه أفتى أبو السعود . وكذلك الرملى وغيره ونظمه فى فتاواه . . . ثم قال وأنت تعلم أن البيع والشراء والإجارة كالإقرار والهبة ، وأن كل من يقدر على

= وقال الأذرعى : الصواب فيما لو ضرب ليقر بالحق ، ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه ، أنه إكراه ، سواء أقر فى حال الضرب أم بعده وعلم أنه لو لم يقر بذلك لضرب ثانيا . وما ذكره ظاهر جلى » .

المنع من الأولياء كالأب للعلة الشاملة . فليس قيداً ، وكذلك البكارة ليست قيداً ، كما هو مشاهد فى ديارنا من أخذ مهورهن كرهاً عليهن حتى من ابن ابن العم وإن بعد ، وإن منعت أضر بها أو قتلها » . وقد ورد هذا الحكم فى مرشد الحيران ، فى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٤ ، على الوجه الآتى : « الزوج ذو شوكة على زوجته ، فمن أكره زوجته بالضرب ، أو منعها عن أهلها ، لتهب له مهرها ، فوهبته له وهى خائفة ، فلا تصلح الهبة ، ولا تبرأ ذمته من المهر » .

رهبة تحمل على التعاقد :

ويشترط فى الفقه الإسلامى ، كما يشترط فى الفقه الغربى ، أن يبعث الإكراه رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد . ويلجأ الفقه الإسلامى فى ذلك إلى معيارين ، أحدهما مادى والآخر نفسى . أما المعيار المادى فهو أن يكون المكرِه بالوسيلة التى اختارها للإكراه قادراً على تحقيق ما أوعد به ، فيستند الإكراه بذلك إلى ركن من الواقع يجعل دعوى من وقع عليه الإكراه دعوى معقولة قائمة على أساس . وأما المعيار النفسى فهو أن يقع فى أكثر ظن من وقع عليه الإكراه وقوع ما هدد به ، وهذه هى الرهبة التى تنبعث فى نفسه فتحمله على التعاقد .

وقد جاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ٣٩) فى هذا المعنى : « ثم فى الإكراه يعتبر معنى فى المكرِه ، ومعنى فى المكرَه ، ومعنى فيما أكره عليه ، ومعنى فيما أكره به . فالمعتبر فى المكرِه تمكنه من إيقاع ما هدده به ، فإذا لم يكن متمكناً من ذلك فإكراهه هذيان . وفى المكرَه المعتبر أن يصير خائفاً على نفسه من جهة المكرِه فى إيقاع ما هدده به عاجلا ، لأنه لا يصير ملجأ محمولا طبعاً إلا بذلك . وفيما أكره به بأن يكون متلفاً أو مزمناً أو متلفاً عضواً أو موجباً غماً ينعدم الرضا باعتباره . وفيما أكره عليه أن يكون المكرَه ممتنعاً منه قبل الإكراه ،إما لحقه أو لحق آدمى آخر أو لحق الشرع[1] » . وجاء فيه أيضاً (ص ٥٠ — ص ٥١) : « ألا ترى أنك لو رأيت رجلا ينقب عليك دارك من خارج ، أو دخل عليك ليلا من الثقب بالسيف ، وخفت إن أنذرته يضربك ، وكان على أكثر رأيك ذلك ، وسعك أن تقتله قبل

---

(١) انظر أيضا فتح الغفار ٣ ص ١١٩ — ص ١٢٠ .

أن تعلمه إذا خفت أن يسبقك إن أعلمته ، وفى هذا إتلاف نفس . ثم أجاز الاعتماد على غالب الرأى لتعذر الوقوف على حقيقته » . وجاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٧٦) : « وأما شرائط الإكراه فنوعان : نوع يرجع إلى المكرِه ، ونوع يرجع إلى المكرَه . أما الذى يرجع إلى المكرِه فهو أن يكون قادراً على تحقيق ما أوعد ، لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة . . . وأما النوع الذى يرجع إلى المكرَه فهو أن يقع فى غالب رأيه وأكثر ظنه أنه لو لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعد به ، لأن غالب الرأى حجة ، خصوصاً عند تعذر الوصول إلى اليقين ، حتى إنه لو كان فى أكثر رأى المكرَه أن المكرِه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعاً وإن وجدت صورة الإيعاد لأن الضرورة لم تتحقق . ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ، ولكن فى أكثر رأى المكرَه أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعد ، يثبت حكم الإكراه لتحقق الضرورة . ولهذا أنه لو كان فى أكثر رأيه أنه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر إلى أن يلحقه الجوع المهلك لأزيل عنه الإكراه ، لا يباح له أن يعجل بتناولها . وإن كان فى أكثر رأيه أنه وإن صبر إلى تلك الحالة لما أزيل عنه الإكراه ، يباح أن يتناولها للحال . دل أن العبرة لغالب الرأى وأكثر الظن دون صورة الإيعاد » . ونصت المجلة على هذه الأحكام ، فجاء فى المادة ١٠٠٣ : « يشترط أن يكون المجبر مقتدراً على إيقاع تهديده ، فلا عبرة من ثم لإكراه من لم يكن قادراً على إيقاع تهديده وإجرائه » . وجاء فى المادة ١٠٠٤ : « يشترط خوف المكرَه من وقوع المكرِه به ، يعنى يشترط حصول ظن غالب عند المكرَه بإجراء المكرِه به إن لم يفعل المكرَه عليه » . وكذلك نصت على هذه الأحكام المادة ٢٨٩ من مرشد الحيران على الوجه الآتى : « يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا أن يكون المكرِه قادراً على إيقاع ما هدد به ، وأن يخاف المكرَه وقوع ما صار تهديده به فى الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكرِه به إن لم يفعل الأمر المكرَه عليه . فإن كان المجبر غير قادر على إيقاع ما هدد به ، فلا يكون الإكراه معتبراً » .

ويختلف الإكراه فى الفقه الإسلامى ، كما يختلف فى الفقه الغربى ، باختلاف أحوال الناس من سن وجنس وقوة وضعف ومنصب وجاه وما إلى ذلك . جاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ٥١ — ص ٥٢) : « والحد فى الحبس الذى هو إكراه

فى هذا ما يجىء منه الاغتمام البين ، وفى الضرب الذى هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد . وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص عنه ، لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون . ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه ، فما رأى أنه إكراه أبطل الإقرار به . لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس . فالوجيه الذى يضع الحبس من جاهه ، تأثير الحبس والقيد يوماً فى حقه فوق تأثير حبس شهر فى حق غيره . فلهذا لم نقدر فيه بشىء، وجعلناه موكولا إلى رأى القاضى، ليبنى ذلك على حال من ابتلى به » . وجاء فى الدور المختار (جزء ٥ ص ١٢٣) : « والثالث كون الشىء المكرَه به متلفاً نفساً أو عضواً أو موجباً غمًّا يعدم الرضا ، وهذا أدنى مراتبه . وهو يختلف باختلاف الأشخاص ، فإن الأشراف يغمون بكلام خشن ، والأراذل ربما لا يغمون إلا بالضرب المبرح . . . . فلو أكره بقتل أو ضرب شديد متلف ، لا بسوط أو سوطين . . . . أو حبس أو قيد مديدين بخلاف حبس يوم أو قيده أو ضرب غير شديد إلا لذى جاه . . . » ويقول ابن عابدين (جزء ٥ ص ١٢٣) تعقيباً على ذلك : « قوله إلا لذى جاه : لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد ، فيفوت به الرضا ، زيلعى . وفى مختارات النوازل أو لذى ضعف » . وجاء فى الهداية (تكملة فتح القدير ٧ ص ٢٩٤) : « بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ، لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة . فلا يتحقق به الإكراه ، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا » . وقد ورد هذا المعنى فى المادة ٢٨٨ من مرشد الحيران على الوجه الآتى : « يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص ، وسنهم ؛ وضعفهم ، ومناصبهم ؛ وجاههم ؛ ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفاً » . وكما يتوقف الإكراه على حالة الشخص ، يتوقف كذلك على الظروف الملابسة من مكان وزمان . جاء فى الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٧) : « وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يتحقق الإكراه من غير السلطان فى المفاوز والقرى ليلا كان أو نهاراً ، وفى المصر يتحقق فى الليل ولا يتحقق فى النهار » .

الجهة التى صدر منها الإكراه :

ويقع الإكراه عادة من أحد المتعاقدين على الآخر . ولكنه قد يقع من الغير ، أو تتهيأ ظروفه مصادفة فيستغلها أحد المتعاقدين ضد الآخر .

فإذا وقع الإكراه من الغير ، مستوفياً لشروطه ، كان مفسداً للتصرف كالإكراه الواقع من أحد المتعاقدين ، وتلحق به الإجازة كذلك . جاء فى الخانية (جزء ٣ ص ٤٨٥ — ٤٨٦) : « ولو أكره السلطان رجلا على الشراء والقبض ودفع الثمن ، والبائع غير مكرَه ، فلما اشترى المكرَه وقبضه أعتقه أو دبره . . . كان إجازة للشراء . . . ولو كان البائع مكرهاً والمشترى غير مكره ، لا يصح إعتاق المشترى قبل القبض ويصح بعد القبض ، فإن أجاز البائع بعد ما أعتقه المشترى ينفذ البيع ولا ينفذ العتق قبل القبض . ولو كان البائع والمشترى جميعاً مكرهين ، فإن أجاز البيع بغير إكراه جاز ، وإن أجاز أحدهما بطل خياره ويبقى خيار الآخر . ولو أكره على بيع جاريته ولم يسم أحداً ، فباعها من إنسان ، كان فاسداً . ولو أكره على البيع ، فوهب ، جاز . ولو أكره على هبة جاريته لعبد الله ، فوهبها لعبد الله وزيد، جازت الهبة فى حصة زيد وبطلت فى حصة عبد الله . . . ولو أكره على أن يبرئ الغريم من الدين ، ففعل ، لا يصح الإبراء . ولو أكره على أن يخرج الكفيل بالنفس أو بالمال من الكفالة ، لا يصح ذلك ، لأن هذا مما يتعلق بالرضا . . . ولو أكره الشفيع على أن يسكت عن طلب الشفعة ، فسكت ، لا تبطل شفعته » .

ويبدو أن الفقه الإسلامى لا يشترط أن يكون المتعاقد الآخر متواطئاً مع الغير الذى وقع منه الإكراه أو عالماً بما وقع من الإكراه أو مستطيعاً أن يعلمه . بل إن مذهب مالك يعتد بالإكراه حتى لو تهيأ مصادفة ، ولا يشترط فى الاعتداد به أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالإكراه . وهذا ما يسمى ببيع المضغوط . فعند مالك الإكراه يكون على البيع نفسه ، أو على دفع مال ظلماً ، فيضطر المكرَه أن يبيع متاعه لدفع هذا المال ، فلا يكون هذا البيع لازماً حتى لو لم يكن المشترى عالماً بالإكراه الواقع على البائع . . جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٤٨ — ٢٥٠) : « إذا كان شرط لزوم البيع التكليف ممن أجبر عليه ، أى على البيع ، جبراً حراماً ،

إما بأن يكره على البيع نفسه ، أو يكره على دفع مال ظلماً فيبيع متاعه لذلك ، وكالذمى يضغط فيما يتعدى عليه به من جزية أو غيرها ، فلا يلزمه ، لانتفاء شرط لزومه الذى هو التكليف . . . وقال البرازلى سئل ابن أبى زيد عن المضغوط ما هو ، فقال هو من أضغط فى بيع ربعه أو شىء بعينه أوفى مال يؤخذ منه فباع لذلك اه . وظاهر كلام ابن رشد أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بما إذا أكره على دفع المال فباع لذلك . . . فنص ابن القاسم عن مالك على أنه يأخذ متاعه بلا ثمن . وأفتى اللخمى أن بيعه ماض ، وهو قول السيورى ، ورأى أن من اشترى منه ليخلص من العذاب مأجور . واعلم أن من أكره على البيع لا يلزمه البيع بإجماع ... وأما من أكره على دفع مال فباع لذلك ، ففيه خلاف : مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أنه لا يلزمه . . . وقال ابن كنانة بيعه لازم . . . وقد علمت أن المذهب لا فرق بين الإكراه على البيع أو على دفع مال فيبيع لذلك . . . إذا أكره على دفع مال ظلماً فباع متاعه لذلك ، فيرد إليه متاعه بلا ثمن ، حتى يتحقق أن المضغوط صرف الثمن فى مصالحه . وأما إذا أكره على البيع فقط ، فله إجازة البيع ورده ، فإن رد البيع رد الثمن الذى أخذه إلا أن تقوم بينة على تلفه . . . . وقال فى البيان وسواء علم المشترى أنه مضغوط أو لم يعلم ، قال ذلك ابن القاسم فى المبسوط عن مالك ، وسواء وصل الثمن من المبتاع إلى المضغوط فدفعه المضغوط إلى الظالم أو جهل هل دفعه إليه أو أدخله فى منافعه أو كان الظالم هو الذى تولى قبضه من المبتاع للمضغوط ، فى ذلك كله أن يأخذ ماله من المشترى أو ممن اشتراه من المشترى بغير ثمن ، ويرجع المشترى الثانى على المشترى من المضغوط ، والمشترى من المضغوط على الظالم ، إلا أن يعلم أن البائع أدخل الثمن فى منافعه ولم يدفعه إلى الظالم فلا يكون له إلى ذلك سبيل حتى يدفع الثمن إلى المشترى . . . وذهب سحنون إلى أنه إذا كان المضغوط هو البائع القابض للثمن ، فلا سبيل له إلى ما باع إلا بعد غرم الثمن ، وحكاه عن مالك . وقال ابن كنانة بيعه لازم له غير مفسوخ عنه ، وهو أجير يؤجر به عليه ، ولزومه إياه لأنه أنقذه مما كان فيه من العذاب . . . ونقله فى التوضيح : ونصه ولو باع متاعه فى مظلمة ثم لا يدرى هل وصل الثمن إلى الظالم أم لا ، نظر ، فإن كان ظلمه له وعداؤه عليه معلوماً حتى باع متاعه ، فيحمل

على أنه وصل للظالم ، حتى يتحقق أن المضغوط صرفه فى مصالحه فلا يصل حينئذ إلى متاعه إلا بدفع الثمن ، وسواء علم المبتاع بأن ما اشتراه للمضغوط أو لم يعلم . قيل لمطرف إنهم يخرجون عندنا من غير كبل ، يقفون لبيع متاعهم ، فإذا أمسوا ردوا إلى السجن قد وكل بهم حراس أو أخذ عليهم حميل ، والمشترى لا يعلم أو يعلم ، ومنهم من هو فى كبل وعذاب ، ومنهم هارب قد أخذ متاعه يباع قد أمر بعض أهله ببيعه . قال كل هذا سواء وهو إكراه ، لا يبالى بعلم المبتاع أو جهله ، إلا أن من علم مأثوم . وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ ، قالوا وسواء كان عنده عين فتركها وباع خشية أن يزاد عليه أو لم يكن اه . ونقله ابن عرفة ، ولفظه : وسواء أخرج المضغوط للبيع مكبولا ، أو موكلا به حراس ، أو أخذ عليه حميل ، أو كان مسرحاً دون حميل إلا أنه إن هرب خالفه الظالم إلى منزله بالأخذ والمعرة فى أهله ، كان له مال عين غير ما باعه أو لم يكن ، ولى البيع أو وكل عليه اه . وقال قبله : ويتبع المشترى بثمنه الظالم ، دفعه له هو أو البائع اه . . قال فى التوضيح : ومن كان عالماً بحال المضغوط فاشترى شيئاً من متاعه ، فهو ضامن كالغاصب . وأما من لم يعلم فيشترى فى السوق ، فلا يضمن الدور والحيوان ، ويضمن ما انتفع به بأكل أو لبس ، والغلة له ، وأما الظالم فلا غلة له وهو ضامن لها اه » .

وجاء فى المواق (جزء ٤ ص ٢٤٩) . « ومن أكره على إعطاء مال ظلماً ، فبيعه لذلك بيع مكرَه . ولرب المبيع أخذه بلا ثمن إن كان المشترى عالماً بضغطه ، وإلا فبالثمن . وروى مطرق يتبع المشترى بثمنه الظالم دفعه هو له أو البائع ، ولو قبضه وكيل الظالم تبع أيهما شاء . قال مطرف فإن قال الوكيل ما فعلته إلا خوفاً من الظالم لم يعذر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » . وكذا كل ما أقر بفعله ظلماً من قتل أو قطع أو جلد أو أخذ مال وهو يخاف إن لم يفعله نزل به مثل ذلك ، فإن فعله لزمه القصاص والغرم . ابن عرفة : هذا ونحوه من نصوص المذهب مما يبين لك حال بعض القضاة فى تقويمهم من يعرفون جرحته شرعاً للشهادة بين الناس فى الدماء والفروج . يعتذرون بالخوف من موليهم القضاء ، مع أنهم فيما رأيت لا يخافون منه إلا عزلته عن القضاء » . وجاء فى الدسوقى (جزء ٣ ص ٦) : « وقد اعتمد بعضهم أن الإكراه على سبب البيع كالإكراه على البيع فى أن البائع

إنما يرد المبيع إذا رد الثمن للمشترى . والحاصل أن الإكراه على سبب البيع فيه أقوال ثلاثة . قيل إنه لازم ، وبه العمل بفاس ونواحيها . وقيل إنه غير لازم : وعليه إذا رد المبيع فهل يرد بالثمن وهو المعتمد ، أو بلا ثمن وهو ما مشى عليه المصنف . وبقى قول رابع لسحنون ، وحاصله أن المضغوط إن كان قبض الثمن رد المبيع بالثمن ، وإلا فلا يغرمه » . وجاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ١٠) : « أن المكرَه على سبب البيع ، وهو المال ، إذا قدر على خلاص شيئه الذى باعه ، فإنه يأخذه ممن هو بيده بلا غرم ثمنه . ويرجع المشترى على الظالم أو وكيله ، وسواء علم المشترى بأنه مكره أم لا ، والمشترى منه كالمشترى من الغاصب فى العلم وعدمه » . وجاء فى التسولى (جزء ٢ ص ٧٦) : « فالبيع إن وقع على وجه الضغط المذكور ، سواء باع المضغوط بنفسه أو وكل عليه ، مردود على بائعه ، بإجماع فيما إذا أكره على نفس البيع . . . وأما إن أكره على سبب البيع ، كما إذا أكره على إعطاء مال ظلماً فباع أمتعته لذلك ، فالمشهور أنه مردود أيضاً . ويأخذ البائع شيئه بلا ثمن . . . يدفعه للمشترى ، وظاهره أنه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشترى بالضغط . . . إلا أن العالم آثم كالغاصب ، وعليه الضمان مطلقاً ، ولا غلة له ولغيره الغلة ، ولا يضمن العقار ، ويضمن ما أكل أو لبس ، ويبطل عتقه ووقفه اهـ . خلافاً لما لابن رشد فى نوازله من أنه إنما يأخذه دون ثمن إن علم المشترى بالضغط ، وإلا فلا يأخذه إلا بالثمن . وظاهره أيضاً أنه إنما يأخذه دون ثمن علم أن الظالم أو وكيله قبضه من المضغوط أو من المشترى أو جهل هل دفعه المشترى للظالم أو لوكيله أو لرب المتاع ، أو هل دفعه المضغوط للظالم أو بقى عنده ، وهل صرفه فى مصالحه أو لا ، وهو كذلك فى الجميع . ووجهه أنه لما ثبت أصل الضغط ، حمل على أخذ الظالم له عند الجهل . اللهم إلا إن علم ببينة أو إقرار أنه صرفه فى مصالح نفسه أو أتلفه عمداً أو خطأً فإنه يأخذه بالثمن حينئذ » .

ويتبين من هذه النصوص أن مذهب مالك يعتد بالإكراه ، حتى لو تهيأ مصادفة بأن كان الإكراه على سبب التصرف لا على التصرف نفسه ، فلم يكن للمتعاقد الآخر غير المكرَه يد فى وقوع الإكراه ، بل لم يكن يعلم به ، على ما مر . والمذهب على هذا الوجه ينبذ الإكراه إلى مدى بعيد ، ويعتد بالإرادة الحقيقية

حتى لو أهدر فى سبيلها استقرار التعامل .

وقد رأينا أن المذهب الحنفى يقف موقفاً معتدلا فى هذه المسألة ، فيعتد بالإرادة الحقيقية دون أن يهدر استقرار التعامل . فبيع المضطر وشراؤه فاسد ، على ما رأينا فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٤٦ وجزء ٥ ص ١٣٤) . ولكن لو صادر السلطان شخصاً ، ولم يعين بيع ماله ، فباع ، كان البيع صحيحاً ، وفى هذه رعاية كافية لاستقرار التعامل . فإذا كان المشترى عالماً بالإكراه واستغله إلى حد أن اشترى المال بغبن فاحش ، كان البيع فاسداً للإكراه ، وفى هذا احترام كاف للإرادة الحقيقية .

حكم الإكراه :

يميز الفقه الإسلامى بين الإكراه فى التصرفات الفعلية ، أى فى الوقائع المادية ، ويشترط أن يكون إكراهاً ملجئاً على ما قدمنا ، وبين الإكراه فى التصرفات القولية ، أى فى التصرفات القانونية ، ويعتد فيها بالإكراه ولو كان غير ملجئ .

والإكراه فى التصرفات الفعلية تندمج فيه ، كما سبق القول، نظريات مختلفة . كنظرية الضرورة ونظرية الدفاع الشرعى ونظرية السبب الأجنبى، ونظرية العمل غير المشروع ، ولا شأن لنا بذلك هنا ، ونحن نتكلم فى الإكراه كعيب فى الإرادة فى صدد التصرفات القانونية . ونقتصر على الإشارة إلى أن الصناعة الفقهية ، فى الفقه الإسلامى ، نظرت إلى الإكراه الملجئ فى التصرفات الفعلية ، واعتبرته ، لا على أنه قد نقل الفعل ممن وقع عليه الإكراه إلى المكره فأصبح هذا مسئولا عنه ، بل على أن من وقع عليه الإكراه قد صار كالآلة فى يد المكره فأصبح فعل الأول منسوباً إلى الثانى . وهذا بخلاف الإكراه فى التصرفات القولية . وفى هذا المعنى يقول المبسوط (جزء ٢٤ ص ٣٩) : «وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن أثر الإكراه التام (الملجئ) فى الأفعال فى نقل الفعل من المكرَه إلى المكرِه . وهذا ليس بصحيح . فإنه لا يتصور نقل الفعل الموجود من شخص إلى غيره . والمسائل تشهد بخلاف هذا أيضاً ، فإن البالغ إذا أكره صبياً على القتل يجب القود على المكرِه ، وهذا الفعل فى محله غير موجب للقود ، فلا يصير موجباً بانتقاله إلى محل آخر . ولكن الأصح

أن تأثير الإكراه فى جعل المكرَه آلة للمكره ، فيصير الفعل منسوباً إلى المكرِه بهذا الطريق . وجعل المكرَه آلة لا باعتبار أن بالإكراه ينعدم الاختيار منه أصلا ، ولكن لأنه يفسد اختياره به لتحقق الإلجاء . فالمرء مجبول على حب حياته ، وذا يحمله على الإقدام على ما أكره عليه ، فيفسد به اختياره من هذا الوجه ، والفاسد فى معارضة الصحيح كالمعدوم . فيصير الفعل منسوباً إلى المكرِه لوجود الاختيار منه ، والمكرَه يصير كالآلة للمكرِه لانعدام اختياره حكماً فى معارضة الاختيار الصحيح . ولهذا اقتصر على ما يصلح أن يكون آلة له فيه ، دون ما لا يصلح كالتصرفات قولا ، فإنه لا يتصور تكلم المرء بلسان غيره . وتأثير الإكراه فى هذه التصرفات فى انعدام الرضا من المكرَه بحكم الشبه ، وشبهه بعض أصحابنا رحمهم الله بالهزل ، فإن الهزل عدم الرضا بحكم السبب مع وجود القصد والاختيار فى نفس السبب ، فالإكراه كذلك . إلا أن الهازل غير محمول على التكلم ، والمكرَه محمول على ذلك ، وبذلك لا ينعدم اختياره كما بينا . وشبهه بعضهم باشتراط الخيار ، فإن شرط الخيار يعدم الرضا بحكم السبب دون نفس السبب » .

فإذا وقفنا عند حكم الإكراه فى التصرفات القولية ، وجب أن نقسم هذه التصرفات إلى قسمين : إنشاء وإقرار . والإنشاء نوعان : نوع لا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعتاق والنذر واليمين ، ونوع يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والإجارة .

فأما الإنشاء الذى لا يحتمل الفسخ ، فهو جائز مع الإكراه فى المذهب الحنفى . جاء فى المبسوط (جزء ٢٤ ص ٤١ — ٤٢) فى هذا المعنى : « . . . إن رجلا خرج مع امرأته إلى الجبل ليمتار العسل ، فلما تدلى من الجبل بحبل وضعت السكين على الحبل ، فقالت لتطلقنى ثلاثاً أو لأقطعنه ، فطلقها ثلاثاً . ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستفتى ، فقال عليه الصلاة والسلام لا قيلولة فى الطلاق ، وأمضى طلاقه . وذكر نظير هذا عن عمرو بن شرحبيل رضى الله عنه أن امرأة كانت مبغضة لزوجها ، فراودته على الطلاق فأبى ، فلما رأته نائماً قامت إلى سيفه فأخذته ثم وضعته على بطنه ، ثم حركته برجلها . فلما استيقظ ، قالت له والله لأنفذنك به أو لتطلقنى ثلاثاً ، فطلقها . فأتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فاستغاث به ، فشتمها وقال لها ويحك ما حملك على ما صنعت ، فقالت بغضى إياه ،

فأمضى طلاقه . . . وعن عمر رضى الله عنه قال أربع واجبات على من تكلم بهن : الطلاق والعتاق والنكاح والنذر ، يعنى النذر المرسل إذ اليمين بالنذر يمين . وبه نأخذ ، فنقول هذا كله جائز لازم ، إن كان جاداً فيه أو هازلا ، أكره أو لم يكره . . . وأيد هذا كله حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الطلاق والرجعة والنكاح . . .» ثم لما لم يمتنع الوقوع مع وجود ما يضاد الجد ، فلأن لا يمتنع الوقوع بسبب الإكراه أولى ، لأن الإكراه لا يضاد الجد فإنه أكره على الجد وأجاب إلى ذلك. وإنما ضد الإكراه الرضا، فيثبت بطريق البينة لزوم هذه التصرفات مع الإكراه ، لأنه لما لم يمتنع لزومها بما هو ضد الجد ، فلأن لا يمتنع لزومها مع جد أقدم عليه عن إكراه أولى » . ولا يجوز الإنشاء مع الإكراه عند الشافعى . ورد فى البدائع (جزء ٧ ص ١٨٢) : « وعند الشافعى رحمه الله لا تجوز . واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً . ولأن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جوازه . ولهذا لا يصح تصرف الصبى والمجنون ، وهذا الشرط يفوت بالإكراه ، لأن المكرَه لا يقصد بالتصرف ما وضع له ، وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه » . وهذا هو أيضاً مذهب مالك ومذهب أحمد ، ولا يقول بالجواز إلا الحنفية . وقد ثار ابن القيم ومن قبله ابن حزم ، على من يقول بالجواز . فقال ابن القيم ، فى أعلام الموقعين (جزء ٤ ص ٤٣) : « المخرج الثالث أن يكون مكرهاً على الطلاق أو الحلف به عند جمهور الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وهو قول أحمد ومالك والشافعى وجميع أصحابهم على اختلاف بينهم فى حقيقة الإكراه وشروطه . قال الإمام أحمد فى رواية أبى طالب يمين المستكره إذا ضرب ، ابن عمر وابن الزبير لم يرياه شيئاً . وقال فى رواية أبى الحرث إذا طلق المكره لم يلزمه الطلاق . . . وقال الشافعى رضى الله عنه قال الله عز وجل : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » ، وللكفر أحكام ، فلما وضعها الله تعالى عنه سقطت أحكام الإكراه عن القول كله ، لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه . . . وقال ابن أبى شيبة ثنا عبد الله بن أبى طلحة عن أبى يزيد المدينى عن ابن عباس قال ليس على

المكرَه ولا المضطهد طلاق . . . ثنا وكيع عن الأوزاعى عن رجل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه لم يره شيئاً . قلت قد اختلف على عمر : فقال إسماعيل ابن أبى أويس . . . إن رجلا تدلى يشتار عسلا فى زمن عمر رضى الله عنه ، فجاءته امرأته فوقفت على الحبل ، فحلفت لتقطعنه أو فلتطلقنى ثلاثاً ، فذكرها الله والإسلام ، فأبت إلا ذلك ، فطلقها ثلاثاً . فلما ظهر أتى عمر فذكر له ما كان منها إليه ومنه إليها ، فقال ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق . تابعه عبد الرحمن ابن مهدى عن عبد الملك وهو المشهور عن عمر . وقال أبو عبيد حدثنى يزيد عن عبد الملك بن قدادة عن أبيه عن عمر بهذا ، لكنه قال فرفع إلى عمر فأبانها منه . قال أبو عبيد وقد روى عن عمر خلافه ، ولم يصح عن أحد من الصحابة تنفيذ طلاق المكره سوى هذا الأثر عن عمر ، وقد اختلف فيه عنه ، والمشهور أنه ردها إليه ، ولو صح إبانتهامنه لم يكن صريحاً فى الوقوع، بل لعله رأى من المصلحة التفريق بينهما وأنهما لا يتصافيان بعد ذلك فألزمه بإبانتها » . وقال ابن حزم فى المحلى (جزء ٨ ص ٣٣٢) : « ومن طريق ثابت الأعرج قال : سألت كل فقيه بالمدينة عن طلاق المكره ، فقالوا ليس بشىء . ثم أتيت ابن الزبير وابن عمر فردا علىّ امرأتى ، وكان قد أكره على طلاقها ثلاثاً . وصح هذا أيضاً عن جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وشريح وعمر بن عبد العزيز ، وهو قول مالك والأوزاعى والشافعى وأحمد وأبى سليمان وجميع أصحابهم . . . واحتج المجيزون لذلك بعموم قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد » : قال أبو محمد ، وهذا تمويه منهم لأن الله تعالى الذى قال هذا هو الذى قال : « ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » ، والمكرَه لم يطلق قط ، إنما قيل له قل هى طالق ثلاثاً ، فحكى قول المكرِه له فقط : والعجب من تخليطهم وقلة حيائهم ، يحتجون بعموم هذه الآية فى إجازة طلاق المكرَه ثم لا يجيزون بيع المكرَه والله تعالى يقول : « وأحل الله البيع وحرم الربا » ! فإن قالوا البيع لا يكون إلا عن تراض ، قلنا والطلاق لا يكون إلا عن رضا من المطلق ونية له بالنصوص التى قدمنا . ثم قد خالفوا هذا العموم ولم يجيزوا طلاق الصبى ولا طلاق النائم » .

وأما الإنشاء الذى يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة ، فالإكراه فيه يفسد التصرف

عند أبى حنيفة وصاحبيه ، ويجعله موقوفاً عند زفر . ويتخفف مالك فيجعل تصرف المكره غير لازم ، ويتشدد الشافعى فيجعله باطلا[1] .

ونبدأ بالمذهب الحنفى ، وفيه خلاف كما رأينا بين الأئمة الثلاثة وزفر . فزفر يرى بيع المكره موقوفاً لأن الرضا شرط البيع ، وقد فات الرضا بالإكراه ، فأصبح البيع موقوفاً على إجازة المكره كبيع الفضولى . أما الأئمة الثلاثة فيرون أن بيع المكره فاسد ، لأن ركن البيع وهو المبادلة صدر من أهل للبيع فى محل قابل له ، فأفاد الملك عند التسليم كما فى سائر البياعات الفاسدة . ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك ، وهنا الفساد لعدم الرضا طبعاً فكان الرضا طبعاً شرط الصحة لا شرط الحكم ، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما فى سائر البياعات الفاسدة . إلا أن سائر البياعات الفاسدة لا تلحقها الإجازة ، لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد ، وههنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه (انظر فى ذلك البدائع جزء ٧ ص ١٨٦) . ويفارق بيع المكرَه البيع الفاسد أيضاً من وجه ثان : فى البيع الفاسد يزول الفساد إذا باع المشترى المبيع من ثالث ، أما فى بيع المكرَه فلا يزول الفساد وللبائع المكرَه أن يسترد العين ولو تداولتها الأيدى . ويفارقه من وجه ثالث : إذا قبض المشترى غير المكرَه المبيع لزم البيع من جانبه فلا يستطيع الفسخ ، أما فى البيع الفاسد فيستطيع المشترى الفسخ ولو قبض المبيع (انظر فى الفروق ما بين بيع

---

(١) والظاهر عند الجعفرية عدم صحة التصرفات بالإكراه . قال كاشف الغطاء (جزء ٣ ص ١٥٦) : « الإكراه الملجىء هو الحمل على الفعل بغير قصد من الفاعل ، كما لو أوجر الماء فى حلق الصائم أو أركب إنسان غيره بأن رفعه ووضعه على الدابة وهكذا . والقسم الثانى هو الذى يصدر فيه الفعل بإرادة الفاعل ولكن انبعاث الإرادة والقصد وقعا دفعاً للضرر وخوفاً من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أو غيره بإتلاف نفس أو قطع عضو أو أخذ مال أو هتك عرض أو حبس ونحو ذلك . . فالملجىء يسلب الإرادة والرضا ، وغير الملجىء يسلب الرضا وطيب النفس دون الإرادة . ولكن الظاهر تساويهما فى أكثر الأحكام ، وقد يختلف نادراً . فى مثل الصوم لو أوجر فى حلقه لاقضاء عليه ولا كفارة ، ولكن لو أكره بالإكراه الغير الملجىء كان عليه القضاء دون الكفارة . أما فى مثل الطلاق والبيع وسائر المعاملات ، فالظاهر عدم الصحة بالإكراه مطلقاً » .

وتقسيم الإكراه عند الجعفرية إلى ملجىء وغير ملجىء هو كتقسيم الإكراه فى الفقه الغربى إلى إكراه معدم للإرادة وإكراه مفسد لها . غير أن الجعفرية يجعلون الإكراه غير الملجىء كالإكراه الملجىء ، يبطل التصرفات .

المكرَه والبيع الفاسد ابن عابدين ٥ ص ١٢٥) . وظاهر أن هذه الفروق الثلاثة بين بيع المكره والبيع الفاسد مما يدعم ما ذهب إليه زفر من أن بيع المكره موقوف لا فاسد، فإنها فروق تقرب بيع المكرَه من البيع الموقوف وتبعده عن البيع الفاسد .

ومالك لا يذهب فى تصرف المكره إلى حد الفساد أو التوقف ، بل يقتصر على جعله غير لازم ، فيكون للعاقد المكرَه الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه . جاء فى الشرح الكبير للدردير (الدسوقى جزء ٣ ص ٦) : « وأما لو أكره على البيع فقط فله رد البيع ويجب رد الثمن الذى أخذه إلا لبينة على تلفه بلا تفريط منه » . ويقول الدسوقى معقباً على ما تقدم : « قوله إلا لبينة : تشهد بتلفه من البائع بلا تفريط منه ، أى فلا يلزمه رد الثمن حينئذ . وظاهره أن البائع إذا ادعى التلف من غير تفريط ، ولم يكن له بينة بذلك ، لم يصدق ، وهو قول . وقيل إنه يصدق بيمين كالمودع » . وجاء فى التسولى (جزء ٢ ص ٧٦) : « فالبيع إن وقع على وجه الضغط المذكور ، سواء باع المضغوط بنفسه أو وكل عليه مردود على بائعه ، بإجماع فيما إذا أكره على نفس البيع . ويرد الثمن للمشترى ، إلا أن تقوم البينة على تلفه عند البائع بغير سببه ، فإن لم تقم البينة بذلك ، بل ادعاه البائع فقط ، ففى تصديقه قولان لسحنون . ويظهر رجحان الأول ، لأن الثمن لم يقبضه البائع لحق نفسه إذ هو غير راض به ، فهو عنده كالأمانة فيصدق فى تلفها بغير سببه » والمزية الملحوظة فى مذهب مالك أنه يسوى ما بين عيوب الإرادة الثلاثة — الغلط والتدليس والإكراه — من حيث الجزاء . فكل من هذه العيوب يفسد الإرادة دون أن يعدمها ، أو كما يقول الفقه الإسلامى يعدم الرضا دون الاختيار ، ومن ثم كان جزاؤها واحداً ، وهو جعل التصرف غير لازم ، فيثبت لمن فسدت إرادته الخيار فى فسخ العقد أو إمضائه .

والشافعى ، على النقيض من مالك ، يذهب فى الإكراه مدى أبعد من التوقف أو الفساد . فتصرفات المكره عنده باطلة . يستوى فى ذلك التصرفات التى تحتمل الفسخ كالبيع والإيجار والتصرفات التى لا تحتمل الفسخ كالزواج والطلاق ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وعند الشافعى إذا انعدم الرضا — والإكراه يعدم الرضا كما قدمنا — فلا عبرة بالاختيار . بل إن الإكراه يضاد الاختيار الصحيح المعتبر شرعاً . ولا ينعقد التصرف إلا بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً . ويعرض

المبسوط (جزء ٢٤ ص ٥٦ — ص ٥٩) حجج الشافعية فى هذا الصدد عرضاً حسناً ، ثم يعارضها بحجج الحنفية فيقول : « وقال الشافعى تصرفاتُ المكره قولا يكون لغواً إذا كان الإكراه بغير حق ، بمنزلة تصرفات الصبى والمجنون ، ويستوى إن كان الإكراه بحبس أو قتل ». وحجته فى ذلك قوله تعالى : « لا إكراه فى الدين » ، والمراد نفى الحكم لما يكره عليه المرء فى الدين . قال عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، فهذا يدل على أن ما يكره عليه يكون مرفوعاً عنه حكمه وإثمه وعينه إلا بدليل . . . إن انعقاد التصرفات شرعاً بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعاً ، ولهذا لا ينعقد شىء من ذلك بكلام الصبى والمجنون والنائم . وليس للمكره اختيار صحيح معتبر شرعاً فيما تكلم به ، بل هو مكره عليه ، والإكراه يضاد الاختيار ، فوجب اعتبار هذا الإكراه فى انعدام اختياره به لكونه إكراهاً بالباطل ولكونه معذوراً فى ذلك ، فإذا لم يبق له قصد معتبراً شرعاً التحق بالمجنون . . ولا يدخل فيه السكران فإنه غير معذور شرعاً ، فهو فى المعنى كالمكرَه بحق ، فيكون قصده واختياره معتبراً شرعاً ، ولهذا نفذ منه جميع التصرفات . ولهذا صح إقراره بالطلاق هناك ، ولا يصح هنا إقراره بالطلاق بالاتفاق ، فكذلك إنشاؤه . وهذا بخلاف الهازل ؛ لأنه قاصد إلى التكلم بالطلاق مختار له ، فإن باب الهزل واسع ، فلما اختار عند الهزل التكلم بالطلاق من بين سائر الكلمات ، عرفنا أنه مختار للفظ وإن لم يكن مريداً لحكمه . فأما المكرَه فغير مختار فى التكلم بالطلاق هنا ، لأنه لا يحصل له النجاة إذا تكلم بشىء آخر . . . ولأن سبب الإكراه محافظة قدر المالك على المكره ، حتى قلتم فى الإكراه على العتق يضمن القيمة للمكره ، وكما تجب محافظة قدر ملكه عليه ، تجب محافظة عين ملكه عليه ، ولا طريق لذلك سوى أن يجعل الفعل عدماً فى جانب المكرَه ، ويجعل هو آلة للمكرِه ، وإذا صار آلة له ، امتنع وقوع الطلاق والعتاق . ولا معنى لقولكم إنه فى التكلم لا يصلح آلة ، فإنكم جعلتموه آلة حيث أوجبتم ضمان القيمة على المكرِه فى العتاق وضمان نصف الصداق على المكرِه فى الطلاق قبل الدخول . ثم إن لم يمكن أن يجعل آلة حتى يصير الفعل موجوداً من المكرِه ، يجعل آلة حتى ينعدم الفعل فى جانب المكرَه . . . وحجتنا فى ذلك (أى حجة الحنفية) أنه تصرف

من أهله فى محله فلا يلغى كما لو كان طائعاً ، وبيانه أن هذا التصرف كلام ، والأصل للكلام يكون مميزاً ومخاطباً ، وبالإكراه لا ينعدم ذلك . . . وهذا لأن الخطاب ينبنى على اعتدال الحال ، وذلك تختلف فيه أحوال الناس ، فأقام الشرع البلوغ عن عقل مقام اعتدال الحال فى توجه الخطاب واعتبار كلامه شرعاً تيسيراً للأمر على الناس . وبسبب الإكراه لا ينعدم هذا المعنى ، والسبب الظاهر متى قام مقام المعنى الخفى دار الحكم معه وجوداً وعدماً . وبيان المحلية أنه ملكه ، ولو لم يكن مكرهاً لكان تصرفه مصادفاً محله . وليس للطواعية تأثير فى جعل ما ليس بمحل محلا . فعرفنا أن التصرف صادف محله ، إلا أن بسبب الإكراه ينعدم الرضا منه بحكم السبب ، ولا ينعدم أصل القصد والاختيار ، لأن المكره عرف الشرين فاختار أهونهما ، وهذا دليل حسن اختياره ، فكيف يكون مفسداً لاختياره ؟ . وهو قاصد إليه أيضاً لأنه قصد دفع الشر عن نفسه . . . وما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصوداً . فعرفنا أنه قاصد مختار ، ولكن لا لعينه بل لدفع الشر عنه . فيكون بمنزلة الهازل من حيث إنه قاصد إلى التكلم ، مختار له لا لحكمه بل لغيره وهو الهزل . . . وقد بينا أن حال المكره فى اعتبار كلامه فوق حال الهازل ، لأن الحكم للجد من الكلام ، والهزل ضد الجد ، والمكرَه يتكلم بالجد لأنه يجيب إلى ما دعى إليه ، ولكنه غير راض بحكمه . . . ثم إن وجب محافظة قدر الملك على المكره ، فذلك لا يدل على أنه يجب محافظة عين الملك عليه ، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وهو موسر ، فإنه يجب محافظة قدر الملك على الساكت بإيجاب الضمان له على المعتق ، ولا يجب محافظة عين ملكه بإبطال عتق المعتق . وهذا لأنه مكره على شيئين ، التكلم بالعتاق والإتلاف ، وهو فى التكلم لا يصلح آلة للمكرِه ، لأن تكلمه بلسان الغير لا يتحقق ، وفى الإتلاف يصلح آلة له ، فجعلنا الإتلاف مضافاً إلى المكره ، فأوجبنا الضمان عليه » .

بقى من التصرفات الإقرار ، وهذا لا فرق فيه بين ما إذا كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن ، والإكراه يمنع من صحته فى الحالتين عند الجميع . جاء فى الحطاب (جزء ٥ ص ٢١٦) : « قال القرطبى فى شرح مسلم فى آخر باب الديات : «شرط صحة الإقرار ألا يكون بإكراه» . وجاء فى نهاية المحتاج للرملى (جزء ٥ ص ٧١ —

ص ٧٢) : ولا يصح إقرار مكره بما أكره عليه بغير حق ، لقوله تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ». جعل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر ، فبالأولى ما سواه ، كأن ضرب ليقر . وجاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٨٩ — ص ١٩٠) : « فأما إذا كان (الإكراه) على الإقرار فيمنع صحة الإقرار ، سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن . لأن الإقرار إخبار ، وصحة الإخبار عن الماضى بوجود المخبر به سابقاً على الإخبار ، والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم . وإنما يترجح جنبة الوجود على جنبة العدم بالصدق ، وحال الإكراه لا يدل على الصدق ، لأن الإنسان لا يتحرج عن الكذب حالة الإكراه ، فلا يثبت الرجحان[1] » .

---

(١) وننقل هنا نصوص التقنين المدنى العراقى فى الإكراه — وهى توفق بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه الغربى — كما نقلناها فى الغلط وفى التدليس :

م ١١٢ : ١ . الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه . ٢ . ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير فى المال . ويكون غير ملجىء إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس . ٣ . والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذى رحم محرم ، والتهديد بخطر يخدش الشرف ، يعتبر إكراهاً . ويكون ملجئاً أو غير ملجىء بحسب الأحوال .

م ١١٣ : يجب لاعتبار الإكراه أن يكون المكره قادراً على إيقاع تهديده ، وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه .

م ١١٤ : يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفاً .

م ١١٥ : من أكره إكراها معتبراً بأحد نوعى الإكراه على إبرام عقد ، لا ينفذ عقده .

م ١١٦ : الزوج ذو شوكة على زوجته ، فإذا أكرهها بالضرب مثلا ، أو منعها عن أهلها ، لتهب له مهرها ، فوهبته له ، لا تنفذ الهبة ، ولا تبرأ ذمته من المهر .

الفهـرس

المبحث الثانى

تطابق الإرادتين فى مجلس العقد

الصحيفة

§ ٢ – تطابق الإيجاب والقبول

أولا : تطابق الإرادتين على محل العقد :

ثانياً : عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول :

المطلب الثانى

التعاقد بين الغائبين

المطلب الثالث

حالات خاصة فى إبرام العقد

§ ١ – عقد المزاد

الصفحة

§ ٢ — عقد الإذعان

§ ٣ — العربون

الفرع الثانى

صحة التراضى

المبحث الأول

الغلط

تمهيد

§ ١ — الغلط فى الفقه الغربى

الصفحة

§ ٢ – الغلط فى الفقه الإسلامى

المطلب الأول

الغلط فى الشيء

§ ١ – الغلط الجوهرى

(ا) الغلط المانع :

(ب) فوات الوصف المرغوب فيه :

§ ٢ – التنازع ما بين استقرار التعامل

واحترام الإرادة الحقيقية

(ا) عدم الاعتداد بالغلط لأن العاقد لم يكشف عن إرادته ولم تكن هذه الإرادة مكشوفة :

الصفحة

(ب) الاعتداد بالغلط لأن الغلط كشف عن إرادته أو كانت هذه الإرادة مكشوفة :

(حـ) الاعتداد بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته :

المطلب الثانى

الأنواع الأخرى من الغلط

§ ١ – الغلط فى الشخص

§ ٢ – الغلط فى القيمة

الصفحة

§ ٣ — الغلط فى القانون

المبحث الثانى

التدليس

المطلب الأول

التدليس فى الفقه الغربى

المطلب الثانى

التدليس أو التغرير فى الفقه الإسلامى

الصفحة

المبحث الثالث

الإكراه

المطلب الأول

الإكراه فى الفقه الغربى

المطلب الثانى

الإكراه فى الفقه الإسلامى

مطابع دار المعارف بمصر

